UNIVERSITÉ D'AIX. — FACULTÉ DE DROIT

NATURE JURIDIQUE

DE LA

FONDATION DE MESSES

ÉTUDE POUR SERVIR A L'INTERPRÉTATION

de la loi du 9 décembre 1905

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 1906, *à*

PAR

G. EUZET

Président . M.

Suffragants: MM.

LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, V^e^ Arr^t^.

L. LAROSE & L TENIN DIRECTEURS

1906

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX. — FACULTÈ DE DROIT

NATURE JURIDIQUE

DE LA

FONDATION DE MESSES

ÉTUDE POUR SERVIR A L'INTERPRÉTATION

de la loi du 9 décembre 1905

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 1906, *à*

ACAD. LIMOGES BIBL.

PAR

G. EUZET

Président : M.

Suffragants : MM.

LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, V^e^ Arr^t^.

L. LAROSE & L. TENIN DIRECTEURS

1906

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549809_0010

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION . . . . . 3 à 7

Position de la question ; son importance, ses difficultés ; méthode à suivre 4,5,6,7

THÉOLOGIE ET DROIT CANON. . . . . 8 à 53

Nécessité d'étudier le *contrat simple* de la messe avant la fondation 8,9

Position de la question en théologie 10,11

Est-elle exacte ? 11,12

Opinion dite « de droit positif divin ». 14

Son exposé, critique 15,16,17

Cette opinion peut servir à établir un départ entre les opinions théologiques 18,19

Opinion dite « de droit naturel » ; exposé, critique . 19,20

Opinion dite « de l'obligation conditionnelle »; exposé, critique 21,22

Opinion dite « de la rémunération de l'obligation » ; exposé, critique 23,24

Opinion dite « du louage de services ou d'ouvrage » ; exposé, critique . . . . . 24 à 31

Opinion communément admise dite « du remboursement des frais » ; exposé, critique. . . . . 31 à 36

Conclusion. 37

Du « tarif des messes » ; erreur commune . . . 38, à 45

Droit Canon ; des fondations 45,46

Égale imprécision dans les principes. 47
La fondation « libéralité avec charge » 48,49
Importance de la distinction de la libéralité avec charge et de l'acte à tite onéreux . . . . . 49, à 56

Bibliographie. 55

Jurisprudence . . . . . 57 à 103
Arrêt de la Cour de Turin du 13 janv. 1808. . . . 57
Exposé, critique 58,59
Arrêt de la Cour de Caen du 26 nov. 1828 59
Exposé des faits. 60,61,62,63
Critique 64,65
Arrêt de la Cour de Cassation du 16 juillet 1834 . . 65
Exposé des faits. 66,67
Critique 67,68,69
Arrêt de la Cour de Douai du 30 mai 1853. . . . 69
Exposé des faits. 70
Critique 71,72,73
Arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 juin 1856 . . 73
Exposé, critique . . . . . 73 à 78
Arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1859 . . 78
Exposé, critique 78,79,80,81
Arrêt de la Cour de Rennes du 22 août 1861. . . 81
Exposé, critique . . . . . 81 à 87
Arrêt de la Cour de Caen du 30 nov. 1865 87
Exposé, critique 88,89,90
Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 nov. 1877. . 91
Exposé, critique. . . . . 91 à 96
Arrêt de la Cour de Caen du 3 déc. 1902. 96
Exposé, critique . . . . . 96 à 103

Bibliographie. 104

Doctrine . . . . . 105 à 170
Pas de doctrine proprement dite ; pourquoi? . 107,108,109
Analyse du contrat de messes ; il contient un élément immatériel et par conséquent inappréciable. . 109

Défaut de sanction de l'obligation d'une des parties;
Aff. de Fours 110,111,112
Des obligations qui ont un objet inappréciable . 112 à 117
Conclusion pour nos contrats. 117
Peut-on les classer dans une catégorie 119
Conclusion. 125,126
De la fondation en doctrine 126
Opinion de Laurent sur les fondations de messes . . 128
Exposé . . . . . 129 à 139
Critique. . . . . 138 à 142
Conclusion. . . . . 142 à 146
Opinion de Demolombe 146
Opinion de Zachariæ 147
Exposé 148
Critique. 149
Conclusion. 150
Opinion d'Aubry et Rau 151
Exposé. 151
Critique. 152
Opinion de Baudry-Lacantinerie. 154
Exposé. . . . . 155 à 158
Critique. 158,159,160
Opinion de M. A. Wahl 160
Exposé, critique 161,162,163
Opinion de M. Planiol. 163
Exposé, critique 164,165
Opinion de M. Tissier 165
Exposé, critique. 166,167
Appendice 168,169
Bibliographie 170
Législation . . . . . 171 à 220
Son état actuel 173,174
Textes de 1736 174
— nov. 1789 175,176
— avr. 1790 176

Textes : juillet 1790 176
— janv. 1791 177
— févr. 177
— août-sept. 1792 178
— — 1793 178
— brumaire an II 179
— frimaire an VIII. 179
— germinal an X (Concordat) . . . . 179 à 185
— 8 pluviose an VIII 185
— vendémiaire an XII. 185
— frimaire an XII 186
— germinal. 186
— messidor. 186
— frimaire an XIV 187
— novembre 1806 187
— déc. ; janv. ; juillet ; 1806-1807 187
— août 1807; juillet 1808; février 1809; décembre 1809 . . . . . 188 à 190
— décembre 1810 ; mai 1811 ; juin 1811. . 190,191
— juin 1812; avril 1817 ; septembre 1839 ; février 1862. 193,194
— juillet 1863. 194
Loi du 9 décembre 1905 (de séparation) 195
Travaux préparatoires. Discussion à la Chambre de l'article 19. 196,197
Portée de notre article. 198
Du *principe* de séparation. 199,200
Application pratique ; peut-on ne pas accepter la loi ? . . . . . 201 à 204
Première conséquence de la loi ; abrogation de l'article 910 C. civ. 204
Y a-t-il une règle certaine sur les dispositions permises ?. . . . . 204 à 207
Réfutation de l'opinion de la fondation « libéralité avec charges ». . . . . 208 à 210

Effets de la loi sur les fondations *existantes*. 210
Il faut distinguer entre celles *antérieures* et celles *postérieures* au Concordat . . 210 à 213
Quid, au cas de dévolution *anormale* des biens de fondations ?. . . . . 213 à 218
Fondations *postérieures* au Concordat . 218 à 220
Conclusion . . . . . 221 à 226

NATURE JURIDIQUE

DE LA

FONDATION DE MESSES

INTRODUCTION

Si l'habitude était d'illustrer une thèse de doctorat, il est une image un jour aperçue sur les vieux vitraux d'une très vieille église, dont nous aurions volontiers décoré cette introduction.

Saint Augustin se promène sur le rivage de la mer abîmé dans des réflexions profondes ; il cherche à sonder les mystères de la religion catholique ; mais un ange s'est posté devant lui, qui, pour bien lui montrer l'inanité d'un tel effort, essaye de mettre toute l'eau de la mer dans un trou que ses petites mains ont creusé dans le sable.

Certes, nous n'allons pas tenter, comme l'évêque d'Hippone, d'éclaircir un mystère, mais, comme pour lui, nos moyens sont en disproportion vraiment effrayante avec le but que nous poursuivons.

L'article 19 de la loi du 9 décembre 1905, dite loi de séparation des Églises et de l'État, déterminant la capacité des associations cultuelles, c'est-à-dire en somme, des Eglises de France, dispose que :

« Les associations pourront recevoir, en outre des cotisations prévues par l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901, le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions pour les cérémonies et services religieux, *même par fondation...* »

En l'éclairant à la lumière des travaux préparatoires, nous voyons que ce texte a été établi sur les bases suivantes, étroitement liées avec les principes mêmes de la loi de séparation ; les associations cultuelles auront la capacité de contracter à *titre onéreux*, mais celle-là seulement ; — il leur sera désormais impossible de recevoir une *libéralité* proprement dite et à cet égard leur incapacité sera *absolue*, — l'idée de la séparation des Églises et de l'État étant inconciliable avec les idées de surveillance, de protection, de tutelle qui inspirent l'article 910 du Code civil.

C'est donc pour l'Église et pour ses fidèles une question extrêmement importante que celle de savoir si les fondations de messes sont des actes à titre gratuit ou des actes à titre onéreux.

Dans tous les pays et à toutes les époques, des sommes importantes ont été et sont encore consacrées à ces fondations ; un éminent magistrat nous

disait naguère qu'il n'était presque pas de procédure d'ordre où il n'ait vu apparaître une hypothèque garantissant une disposition de ce genre.

Et cependant, chose étonnante, la question est aussi obscure que son intérêt est grand.

Quelque point qu'on examine, de quelque côté qu'on la considère ce ne sont qu'imprécision, affirmations vagues et quelquefois même contradictions absolues.

Point de textes, pas de doctrine, une jurisprudence que l'on devine dans un pareil état de la question.

En théologie même où on s'attendrait par suite de l'intérêt direct de l'Église, à voir apporter plus de lumière, même obscurité, mêmes contradictions.

Pas plus que les autres le législateur de 1905 paraît n'avoir pu ou voulu trancher nettement la question et l'adverbe « même » dont il fait précéder le mot « fondation » est à cet égard gros de sous-entendus; ceux qui, comme M. A. Tissier dans une note parue au Sirey (2.25.06) ont étudié la loi à ce point de vue, croient devoir conclure que les fondations de messes peuvent être soit des libéralités avec charges, soit des actes à titre onéreux, et, en somme, ne donnent aucune conclusion.

La question ou plutôt le problème, en comporte cependant, une, croyons-nous, et nous avons pris à tâche de la trouver.

Il n'y a qu'une chose qu'il est aisé de préciser

c'est le problème lui-même et si le mode avait encore été de donner des sous-titres, nous aurions mis le suivant à notre travail : Les fondations de messes sont-elles ou non des actes à titre onéreux ?

Mais devant l'obscurité compacte de la matière, — devant l'inextricable fouillis des idées, — il n'était ni commode, ni peut-être même possible d'en préciser *à priori*, les données et d'établir un plan logique, rationnel, en posant des principes et en en déduisant les conséquences.

Nous sommes obligé de procéder par tâtonnements, de partir de ce qui paraît le plus simple, le plus connu, en élaguant, chemin faisant, les considérations fausses, inutiles, d'à-côté et en essayant de recueillir d'ici, de là des idées justes, des données exactes qui nous permettent enfin d'aboutir à la vérité.

Pour nous conformer à cette méthode nous examinerons en autant de parties distinctes et en allant des plus claires aux moins établies les théories en la matière de la théologie, — de la jurisprudence et de la doctrine du droit civil français.

Pour la jurisprudence le plus simple était de l'examiner dans l'ordre chronologique ; — pour la théologie et la doctrine nous en avons divisé l'étude d'après une distinction qui nous a paru s'imposer.

Une fondation de messes n'étant, par définition, que le moyen d'assurer par un seul et même acte et

pour une durée qui peut aller jusqu'à la perpétuité, l'exécution d'un certain nombre de messes, il fallait nécessairement, puisqu'on discute la nature juridique de cet acte complexe, — l'analyser d'abord et la ramener à la notion simple du contrat de messe pris isolément ; — soit en théologie, soit en doctrine, nous étudierons donc d'abord le contrat de messe, puis ensuite la fondation.

Enfin une question pratique se posait. Il est bien évident qu'au point de vue théorique il était du plus haut intérêt d'entreprendre l'étude de cette question ; mais encore fallait-il savoir si la loi de 1905 la posait de façon inéluctable ; si, au cas de non formation des associations cultuelles, par exemple, la question de la *libéralité* et de *l'acte à titre onéreux*, gardait le même intérêt ; il était bon aussi de se préoccuper du sort des fondations antérieures à la loi au cas de formation, de non-formation, de dissolution des cultuelles. Ces questions pratiques font l'objet de notre quatrième et dernière partie.

Dans une question aussi délicate nous n'avons pas la prétention d'imposer des conclusions, conclusions absolument personnelles puisque nous ne rencontrerons nulle part une doctrine satisfaisante, mais nous serions heureux, au moins, d'avoir fourni quelques données utiles à la solution du problème et montré qu'il est intéressant.

THÉOLOGIE ET DROIT CANON

Nous avons dit que dans ce problème dont nous cherchons bien plus encore à préciser les données, ce qui, croyons-nous, n'a jamais été tenté et nous paraît dans les limites de nos moyens, — qu'à réaliser le désir prétentieux de trouver une solution, — nous voulions aller parce que nous pensions que c'est la seule méthode possible, du connu à l'inconnu.

Nous devons, pour suivre cette méthode commencer notre étude par l'examen des principes de théologie et de droit canon en notre matière.

En effet, point n'est besoin d'un grand esprit d'analyse pour se rendre compte en notre matière que l'élément primordial, la cellule qui compose tout le tissu de la fondation c'est la messe. Il va de soi que s'il était avéré que le fait de faire dire une messe et de donner de l'argent pour cela était une libéralité, nous trouverions inutile de nous dépenser en longs développements pour savoir ce qu'est le

fait d'en demander plusieurs ou même de perpétuelles.

C'est si bien le nœud de la question, qu'il nous arrivera de trouver sur ce point au cours de l'examen de la jurisprudence, des affirmations catégoriques et d'ailleurs contradictoires, dont on fait la base de tout un système et telles que celles-ci : « les honoraires de messes sont le résultat d'un contrat à titre onéreux car ils ne représentent que la rémunération d'un service » et, d'autre part : « il serait choquant de considérer que le prêtre reçoit une rémunération pour la messe, acte le plus sacré, le plus élevé du sacerdoce et l'acte consistant à la dire doit être un acte *absolument gratuit.* »

Il eût été assez délicat d'instituer un referendum pour savoir comment ceux qui font dire des messes, les fidèles, comprennent la chose d'autant plus que n'ayant qu'à donner une certaine somme pour obtenir la messe désirée, ils se préoccupent fort peu de la nature d'un acte dont les effets sont aussi simples et que chez beaucoup, une sorte de scrupule, de délicatesse à l'égard des choses de la religion les eût porté à rejeter toute idée mercenaire.

Mais il était bien simple de s'adresser aux autres cocontractants, aux prêtres d'autant que la question étant pour eux une question de discipline ecclésiastique, de théologie, il était certain qu'ils avaient dû être amenés à l'étudier et à la résoudre.

C'est cette étude que nous allons pouvoir entreprendre grâce aux communications extrêmement obligeantes d'ecclésiastiquer qui nous honorent de leur haute amitié ; grâce à eux également quand nous aurons examiné la nature du contrat de messe, question qui ressortit tout spécialement à la théologie, nous étudierons la question des tarifs de messes et de fondations qui sont autant de matières appartenant au droit canon.

Le théologien de Lugo dans l'étude spéciale qu'il consacre à notre question et qu'il intitule : « De justo missæ stipendio » a une façon de la poser sinon parfaitement exacte, à notre sens, au moins très originale et qui en fait ressortir à merveille tout l'intérêt.

Nous allons en donner le texte même car une traduction forcément imparfaite, pourrait compromettre la clarté de cet exposé.

« *Certum* est apud catholicos posse licité sacerdotes evangelicos accipere a fidelibus, quibus spiritualia ministrant, *stipendium sui ministerii, imo et habere jus ad illud exigendum...*

Difficultas tamen non levis est in reddenda ratione quà possit *hoc excusari a labe simoniæ.*

Nam, sicut non posset absqu'eximonià *vendi* collatio Baptismi vel alteriùs sacramenti, ut omnes fatentur, sic nec potest vendi oblatio sacrificii, qua non minus

est actio spiritualis ex potestate spirituali procedens.

Ergo, sicut non potest accipi pecunia pro collatione Baptismi, sic nec poterit accipi pro missæ oblatione.

Nam, vel illa pecunia datur *ex misericordia* et ut eleemosyna, *vel ex justitiâ.*

Non datur solum ex misericordiâ, quia hoc non obligat nisi in gravita necessitate, nec postea obligat ad restitutionem; stipendium autem missæ debetur etiam sacerdoti non indigenti et debet postea restituit; *datur ergo ex titulo justitio commutativæ*; ergo datur pro illo beneficio spirituali, quod accipitur a sacerdote, quod nos est aliud nisi oblatio sacrificii. »

On le voit ce n'est plus une question qui est posée mais bien un dilemme dans lequel on paraît enfermé. Mais, en vérité, ce dilemme nous rappelle la boutade entendue naguère au Palais: « Les dilemmes de mon contradicteur, disait un avocat, qu'il ne doit en vérité appeler ainsi que parce qu'il est toujours possible d'en sortir. »

En effet si l'on remarque d'une part que la messe quoique « actio spiritualis ex potestate spirituali procedens » n'est cependant pas du tout un sacrement, distinction qui, au point de vue de la rémunération a une importance capitale. En effet dans le sacrement

le fait personnel, le travail si l'on peut dire, n'est rien ou est au moins absolument négligeable et insignifiant par rapport à l'effet produit, tandis que la messe étant, ce sont les termes mêmes de tous les catéchismes et ouvrages religieux, *une prière*, « la prière par excellence » où le fait personnel du prêtre, la piété, l'onction, la ferveur avec laquelle il officiera est une chose qui peut se distinguer parfaitement de l'effet purement spirituel, divin qui est la transsubstantiation, sa personnalité peut être prise en considération par les fidèles qui font dire des messes à tel prêtre plutôt qu'à tel autre, — alors que ces préférences ne s'expliqueraient pas pour la réception d'un sacrement. Si l'on remarque, d'autre part, qu'il ne peut être question de « vente » en notre matière pas plus qu'il ne peut être question de transmission de la propriété de quoi que ce soit et qu'alors ces honoraires qui sont donnés « ex titulo justitiæ commutativæ » en vertu d'un contrat synallagmatique ne peuvent évidemment représenter que la rémunération du travail, de la peine si l'on préfère de l'officiant, on conviendra qu'il est très facile de s'échapper de ce dilemme. Et la tentation en est d'autant plus forte qu'on s'en échapperait avec un butin précieux et une donnée qui est suffisante pour la solution de notre problème, puisqu'on sait déjà qu'il est acquis en théologie que le contrat de messe est un contrat à titre onéreux.

Cependant, ce faisant, nous pourrions encourir un grave reproche qui s'appelle faire de la législation et non du droit, lorsqu'on est devant un texte législatif et qui aurait ici nous ne savons trop quel nom mais qui serait celui de faire de la théologie à la place des théologiens.

En effet, ce n'est pas simplement, comme on pourrait le croire, dans le désir, très excusable chez un savant et un théologien, de « corser » la controverse qu'elle nous est ainsi présentée. De Lugo est très sincère quand il nous dit : « difficultas tamen non levis est », comme le sont les théologiens qui, — pour aboutir à une solution absolument conforme à cette idée d'ailleurs, — proclament que les honoraires de messes ne représentent pas la rémunération du travail.

Nous sommes donc absolument obligé, étant donné que la question est considérée comme très discutable en théologie même et est, ainsi qu'on le verra plus tard, discutée en jurisprudence, de voir les diverses explications proposées sur la nature, le fondement de notre contrat.

Nous nous en excusons quelque peu, car ces théories ayant été édifiées dans la méconnaissance la plus absolue de toute notion juridique, sont parfois d'une fantaisie si excessive, qu'elles pourront paraître aux juristes, dépourvue d'intérêt ; nous les exposerons cependant, nous bornant à transcrire le texte de cel-

les que nous jugerons ne pouvoir guère exercer d'influence sur notre matière, et réservant nos commentaires pour celles qui nous paraîtront avoir le plus de portée.

Opinion dite de « droit positif divin ». — D'après une première opinion, les prêtres auraient le droit de percevoir, d'exiger une rémunération pour la célébration de la messe, par application pure et simple des préceptes divins, auxquels obéit l'Église catholique et parce que le Christ lui-même a dit et les apôtres ont répété après lui : « Dignus est operarius mercede suâ; Ita et Dominus ordivavit his qui Evanlium annuntiant de Evangelio vivere. »

Cette opinion pouvait être considérée comme possible du simple fait de l'existence de ces paroles de saint Matthieu, paroles qu'il donne comme ayant été prononcées par le Christ lui-même : « Dignus est operarius cibo suo », il est juste que l'ouvrier vive de son travail, ou toute peine mérite salaire, comme on dit vulgairement.

D'ailleurs, elle a été formulée, et explicitement rapportée par tous les théologiens tels que Suarez, Sanchez, de Lugo, qui ont traité cette question et qui nous l'exposent dans les termes suivants :

« Aliqui volebant hoc debitum non esse ex justitia, sed ex obedientia, prout videtur insinuare Paulun (cap. 9, Epist. ad Corinth.), düm dixit : « Ita et

Dominus ordinavit his qui Evangelium annuntiant de Evangelio vivere (1). »

« Unde duplex videtur intervenire preceptum : alterum sustinandi sacerdotes qui nobis ministrant; alterum quo sacerdotes ipsi tenentur ministrare iis a quibus ad eum finem sustentantur. »

C'est une opinion que nous n'hésitons pas à qualifier de parfaite, car, en même temps qu'elle donne la raison théologique, de droit divin, en vertu de laquelle les prêtres peuvent exiger une rémunération pour leur travail, elle implique forcément, le fondement aussi juridique que rationnel de cette rémunération, et contient implicitement une définition très nette des contrats qui sont ce qu'on appelle dans le langage juridique courant : des louages de services.

Aussi est-ce avec le plus profond étonnement que nous voyons tous les théologiens, unanimement, ne citer cette opinion que pour la combattre et la rejeter.

La façon, dont ils le font d'ailleurs, nous ne craignons pas de le dire, vient, s'il était nécessaire, en renforcer encore la solidité. Voici, en effet, quel-

---

1. Pour les théories trouvées sans nom d'auteur dans les compilat. théol. V. l'index bibliograph. à la fin de cette partie.

ques échantillons des objections par eux formulées:

« ..... primo quia Paulus in illo loco satis ostendit illam obligationem *non procedere ex solo jure positivo sed ex ipso jure naturali*, ut constat ex illis exemplis quibus utitur : Quis militat suis stipendiis unquam ? Quis plantat vineam et de fructu ejus non edit? Quis pascit gregem et de lacte gregis non manducat ? Et hoc ipsum indicant verba Christi: Dignus est operarius merude suâ... »

Que pense-t-on d'une semblable objection fondée sur ce que les préceptes divins sont corroborés par les lois naturelles ? N'est-il pas vraiment extraordinaire et surtout fâcheux pour la portée de l'argumentation des théologiens de voir considérer comme une objection à une opinionce qui nous paraît cons tituer à nous, le meilleur des arguments que l'on puisse invoquer en sa faveur ?

Mais ce n'est pas tout. Après avoir ainsi reconnu et établi, sous la forme de cette objection, que dans cette opinion, la loi positive divine et la loi naturelle, l'équité, étaient intimement liées, ne faisaient qu'un, on va voir les conséquences juridiques qui lui sont attribuées et que, on le conçoit très bien, étant donné leur parfaite absurdité, les théologiens déclarent ne pouvoir admettre. Le texte lui-même va nous en révéler toute la saveur.

« ....Secundo, quia debitum ex solo titulo obedien-

tiæ, *non obligat ad restitutionem, transactâ occasione*; quare, nec sacerdos, accepta sustentatione, obligaretur ad restituendum stipendium acceptum, quando est mortis proximus et nom potest satisfacere præcepto celebrandi, nec etiam qui missam petiit, obligaretur ad restituendum stipendium quod promisit, postquam jàm sacerdos sustentatus est... »

Voilà à quel illogisme peut conduire une logique excessive et comment pour traduire judaïquement cette opinion d'après laquelle la rémunération se justifie « ex solo titulo obedientiæ » on en arrive à des conséquences absolument inacceptables en équité.

Nous n'en persistons pas moins, bien entendu, et on conviendra que ces objections sont peu faites pour ébranler notre conviction, à considérer cette opinion comme la seule vraie non seulement parce que, sainement interprétée, on en tire des déductions aussi satisfaisantes au point de vue de la raison et de l'équité que ce qu'on peut le souhaiter, mais parce que, de plus, elle donne à la rémunération de la messe une justification divine, théologique proprement dite (quoique non de théologiens) et que cette base est également nécessaire dans un acte où les parties doivent se conformer à la fois aux lois divines et aux lois humaines.

Ainsi nous nous trouvons d'ores et déjà à propos de ces données théologiques qui pouvaient paraître

cependant les moins discutables de toutes celles apportées dans ce travail, regarder comme exacte et faire nôtre une opinion communément rejetée.

Si, d'ailleurs, il était nécessaire de fortifier encore notre manière de voir, le simple examen des autres opinions proposées suffirait à le faire. Cela suffirait en examinant la façon vraiment peu digne de considération dont sont exposées et discutées les opinions que nous avons qualifiées de fantaisistes, et qui sont d'ailleurs rejetées, cela suffirait surtout devant le vague, l'imprécision de l'opinion proposée cependant par d'éminents théologiens comme Suarez et qui est communément admise.

Mais avant de poursuivre l'exposé de ces autres opinions, il convient de faire une observation qui le rendra certainement plus intéressant et plus facile.

On peut départir en deux catégories assez distinctes les opinions proposées par les théologiens.

La première qui comprend celle que nous venons d'examiner et une seconde que nous allons examiner immédiatement pourraît être appelée celle des théories *positives,* en ce sens qu'elle comprend des théories qui, comme celle que nous venons de voir surtout, reposent sur un fait, un texte, une idée, et en un mot, donnent un véritable fondement, une base.

Dans la seconde, au contraire, dans laquelle nous

ferons rentrer toutes les autres jusques et y compris celle communément admise, il n'y a que des opinions qu'on pourrait qualifier de *négatives*.

En effet le souci de ceux qui les ont proposées paraît être non pas tant de rechercher un fait, un texte, une idée, qui en soit la base, le fondement, — considération vraiment essentielle, — mais bien plutôt d'échapper à l'accusation de simonie « excusari a labe simoniæ » ; ce sont donc beaucoup plus des *explications* proposées que de véritables théories et elles pourraient paraître dénuées d'intérêt en considérant qu'elles admettent toutes comme un fait acquis, la possibilité de la rémunération.

Il ne nous est pas possible cependant de les rejeter en bloc et de nous dispenser ainsi de les examiner dans une matière où théologie, doctrine, jurisprudence se lient intimement, et où, bien prétentieusement, sans doute, mais catégoriquement, cependant nous rejetons toutes les solutions acceptées.

Nous allons donc poursuivre cet examen avec la seconde et dernière opinion de notre première catégorie, opinion que l'on pourrait appeler « de droit naturel ».

Opinion dite « de droit naturel ». — « ... Non intervenit obligatio aux titulus justitiæ proprit, *sed religionis, seu pietatis spiritualis* : nam, sicut jure naturæ filius tenetur alere suum patrem naturalem et è contra pater tenetur gubernare filium, *sic jure religionis*

obligamur ad alendos nostros patres spirituales.

Quia, ergo sacerdos offerendo missam pro aliquo, fit in ordine ad illum actum *quasi spiritualis pater* illius pro quo offert, *jure religiosæ pietatis* obligatur ille pro quo offertur, sacerdoti ut patri ministrare victum, et, e contra, quia hic ministrat victum et eligit sacerdotem acceptantem in patrem, ac *erga eum exsequitur obligationem filii,* debet etiam sacerdos *eodem jure* ex parte sua exsequi munus patris, *applicando illi sacrificium. Non est commutatio ex justitia sed obligatio mutua* qua nascitur... ».

On peut maintenant se rendre compte que lorsque nous parlions « d'opinions fantaisistes » c'était sinon très révérencieux du moins absolument exact, et on ne voit pas trop ce que peut être cette obligation alimentaire basée sur une piété filiale religieuse qui donne naissance à un droit « sic jure obligamur » sans être cependant un contrat « commutatio ex justitia » et tout en étant cependant une obligation réciproque « obligatio mutua » !

On nous concédera sans peine, nous croyons pouvoir l'espérer sans insister davantage, qu'on ne peut hésiter en tous cas entre la première opinion et celle-ci qui ne pourrait d'ailleurs que se ramener à la première si on voulait lui donner un sens.

Et c'est déjà un pas de fait et qui nous permet maintenant d'examiner les opinions de la deuxième catégorie, opinion qui, nous l'avons dit ne sont que

des explications proposées pour concilier la rémunération de la messe et l'application de ce précepte : « gratis dandi quod gratis accipit » dont l'infraction constitue le crime de simonie.

Opinion dite « de l'obligation conditionnelle ». — «... Pecunia non datur ut pretium rei acceptæ, *sed sub conditione missæ*.

Sicut si aliquis mihi donet centum aureos sub conditione : si hac nocte dormiam, tunc somnus est *conditio purificans donationem* pecunia tamen non datur ut *pretium somni...* »

Si cette opinion a un nom, nous doutons beaucoup plus qu'elle ait un sens.

En effet ce n'est pas former une obligation conditionnelle que de donner une cause, une raison d'être à une obligation et avec une opinion semblable toutes les obligations devraient, sous peine d'inexistence, être conditionnelles. Si je paie une messe à un prêtre, c'est évidemment *sous la condition* qu'il la dira et s'il accepte nous serons définitivement liés l'un et l'autre et le contrat sera parfait ; plus rien, hors les cas fortuits et de force majeure ne saurait empêcher l'exécution d'un pareil contrat.

Que si cette opinion n'a que le sens que nous lui avions par avance attribué en la plaçant dans les opinions *négatives* et si on a eu la puérilité de croire qu'on pourrait se dérober derrière *ce mot* de « condition » aux atteintes du reproche de simonie,

il faut convenir qu'elle n'est pas plus satisfaisante.

Aussi n'est-il pas nécessaire pensons-nous de tenter une discussion quelconque et ce n'est qu'à titre de curiosité comme aussi pour faire d'une pierre deux coups en montrant la faiblesse de l'argumentation de ceux mêmes dont l'opinion est communément admise que nous citerons une des objections qu'ils dressent contre celle-ci :

« ... Si solum esset donatio sub conditione, *non maneret obligatus sacerdos, accepta pecunia ad celebrandum* sed, *ad summum*, deberet reddere pecuniam eo quod, conditione non secutà, donatio non esset purificata... »

Nous recommandons ces idées sur les obligations conditionnelles purement potestatives à l'attention des civilistes !

Et encore : « ... (*hoc rejecitur*), quia sacerdos non posset alienare pecuniam vel libros acceptos pro stipendio, antequam missas celebret, quia nondum esset factum Dominus.... »

Nous l'avons dit, ce n'était pas certes qu'en l'occurrence le besoin se soit fait sentir de donner des objections contre l'opinion proposée, mais nous voulions comme affaiblir à l'avance l'argumentation que nous combattrons et nous pensons que cette utilité-là ne peut pas être refusée aux objections que nous avons citées.

Opinion dite : « de la rémunération de l'obliga-

tion. » — Dans le genre du précédent, mais plus puéril encore si possible, est le système que nous allons exposer maintenant.

« ... Stipendium *non datur pro missa, sed pro obligatione* quâ sacerdos obligat se ad celebrandum.

Nam, *licet missa sit invendibilis,* obligatio tamen illa est *aliquid distinctum a missa,* cum possit esse sine missa ; atque ideo poterit esse *vendibilis,* prout condistinguitur ab ipsa missa... »

Nous devons dire immédiatement pour l'honneur des théologiens que non seulement la majorité repousse avec dédain de semblables opinions mais que ceux tels que Sanchez, Suarez ou de Lugo qui les exposent, les rejettent en les qualifiant *d'absurdes.* On peut, disent-ils, combattre de toutes sortes de manières : *hanc absurditatem.*

Malheureusement pour eux (1) ils ne s'en sont pas tenus là et ont cru devoir formuler de ces sortes d'objections dont nous commençons à avoir une collection assez complète et qui font qu'on se demande si vraiment la théorie combattue est aussi mauvaise qu'elle paraissait de prime abord.

---

1. Si nous critiquons ainsi toujours *en bloc* les théologiens, c'est que dans les compilations où nous avons trouvé ces opinions et dont les références sont données à la fin de cette partie dans la Notice bibliographique ils relatent tous les mêmes, comme ils leur font les mêmes objections.

«..... Si non datur stipendium pro missa, sed pro obligatione ad missam, ergo sacerdos qui, accepto stipendio, postea non offert missam, non debet restituere stipendium acceptum, quia illud non accepit pro missa, sed pro obligatione ad missam ; quam obligationem vere subivit et ita, qui stipendium dedit, licet non habuerit missam, *habuit totum id quod emit*, scilicet obligationem sacerdotis ad missam... »

Il est certain que si les partisans de l'opinion, en ce moment exposée, lui attribuaient ces effets, elle constituait bien plutôt une facétie qu'un système car on ne peut s'empêcher de sourire en lisant cette conclusion : « habuit totum id quod emit, scilicet obligationem sacerdotis ad missam. » Il est certain qu'avec une théorie semblable sur la vente, le droit civil français aurait eu peu de clients.

Mais le plus grave pour les théologiens et ce que nous tenons bien à faire remarquer, quant à nous, c'est qu'ils ne donnent pas ces idées que nous venons de signaler comme étant celles des auteurs des systèmes combattus, — mais bien comme des objections personnelles, — nous n'aurons pas l'ironie d'ajouter : rationnelles, mais nous ne savons vraiment à quelles sources ont pu s'alimenter de pareilles doctrines juridiques.

Opinion dite : « du louage de services ou d'ouvrage ». — Avec cette opinion nous voici au cœur même du débat et on espère en l'abordant, tant elle

est séduisante et rationnelle, que ce sera celle adoptée par les théologiens, car son titre même l'indique ce n'est que la répétition de la première opinion celle que, on s'en souvient, nous avons estimée parfaite, affaiblie, il est vrai, de toute la force que la première empruntait aux préceptes divins.

Malheureusement il n'en est rien et Suarez, Sanchez comme la majorité des théologiens à leur suite font tous leurs efforts pour échapper à son irrésistible séduction. Nous les en estimons d'autant plus coupables qu'elle est exposée avec une clarté qui aurait dû leur dessiller les yeux.

« ...Pretium seu stipendium non datur pro missa, *sed pro labore et opera sacerdotis qua ibi intervenit*; qua quidem in se est pretio estimabilis cum sit *actio laboriosa.*

Sicut ergo, quando petitur missa celebranda in loco distanti per tria milliaria, potest dari aliquid *sacerdoti* pro labore illus itineris, sic poterit dari pro labore necessario ad missam. Qui, *licet sit de facto conjunctus cum sacrificio, nihil refert, nam secundum se manet pretio estimabilis.*

Sic enim venditur agnus Dei benedictus quia cera, licet sit de facto benedicta, secundum se est pretio estimabilis ; sic venditur calix consecratus ; sic oleum vel chrisma benedictum, *non ratione benedictionis, sed materiæ,* quæ secundum se est pretio

estimabilis, potest saltem ex natura rei vendi, si non sit prohibitio Ecclesiæ. »

Peut-on désirer, nous le demandons, une théorie plus logique, plus rationnelle, où, inconsciemment peut-être mais clairement, on a aperçu enfin avec un peu d'analyse, que l'objet de notre contrat n'était pas, comme on dit dans le langage juridique courant de « dare » mais bien de « facere » et que, par conséquent, il va de soi que ce fait, cette peine, ce travail aussi distinct de la messe elle-même que l'est un « moyen » par rapport à sa « fin » peut être rémunéré sans que l'on puisse encourir l'accusation de simonie ?

Il est bien évident, n'est-ce pas, que pour dire des messes, — alors même qu'il ne faudrait pas parcourir pour cela « tres milliaria », — il faut vivre d'abord, c'est-à-dire se nourrir, se vêtir, se loger, il faudra s'instruire ensuite, — faire, en un mot, des dépenses, des frais dont l'équité exige impérieusement le remboursement de la part de ceux qui veulent profiter du bénéfice spirituel que grâce à cela on pourra leur donner; il est non moins évident que non seulement cela mais encore la peine même de la célébration, la tension d'esprit, la ferveur dans la prière par cela même que ce sont choses humaines sont absolument distinctes de la grâce divine par eux obtenue et qu'on ne saurait payer.

Aussi se demande-t-on comment il est possible

que d'éminents théologiens comme ceux dont nous parlons n'aient pas trouvé satisfaisante une pareille théorie, et par quel tour de force ils sont arrivés à élever des objections contre elle. « Tour de force » est bien l'expression car lorsque avec l'impartialité d'un historien De Lugo rapporte ces controverses de Suarez et de Sanchez et les objections qu'ils font à cette doctrine, objections forcément imprécises, nébuleuses, peu convaincantes, il ne peut s'empêcher de constater le peu de succès de leurs efforts et signalant que Suarez et Sanchez tentent de montrer les vices de cette doctrine, il ajoute : sed, revera *difficile* id explicant !

La remarque s'adresse d'ailleurs aux théologiens et non à leurs principes, puisque de Lugo — et nous le croyons fâcheusement inspiré — adopte la même solution qu'eux, mais avec des raisons à lui.

Quelles sont donc ces critiques et quelle est enfin l'opinion communément acceptée en théologie ? C'est ce qui nous reste à voir maintenant.

On peut faire un départ dans les objections ; il y y a celles faites par Suarez et Sanchez « cum aliis » et celles faites par de Lugo ; comme on va en juger si on peut faire un départ au point de vue de leurs auteurs, on n'en pourrait guère tenter au point de vue de la valeur.

Suarez et Sanchez posent tout d'abord un principe

qui est, à notre avis une première erreur ; c'est que, par tout ce qui touche directement au fait de la messe, qui est en relation étroite, directe avec lui, il ne peut être question de rémunération « ... *in missa* nullum remanere laborem vel operam vendibilem *si sermo sit de illâ operâ quæ per se habet connexionem cum missâ ;* licet, pro alio labore, *per accidens conjuncto,* quale est iter unius leucæ ad celebrandum, fatendum sit quod sit vendibilis.... »

On voit très clairement en même temps que leur opinion, leur erreur par ces quelques mots que nous venons de citer et comment par un manque, vraiment étonnant, d'analyse de la part d'esprits si subtils, et sans doute aussi par une appréhension exagérée du reproche de simonie, ils en arrivent à édifier leur opinion sur une distinction qui n'a aucun fondement rationnel. Nous n'en voulons pour preuve, — car elle paraîtra éclatante, nous en sommes convaincu, — que les conséquences illogiques et vraiment inadmissibles qu'ils déduisent de ce prétendu principe.

Ainsi après avoir dit que pour une allocution faite pendant la messe, le prêtre ne peut pas exiger une rémunération plus forte que pour une messe ordinaire, alors qu'il pourrait se faire rémunérer pour le chemin parcouru, ne fût-il que d'une lieue, ils prétendent encore que pour une messe *chantée* la rémunération devra être la même que pour une messe

basse, alors qu'il est avéré cependant que les chantres doivent, en toute justice, être payés.

« ... Non posse sacerdotem accipere plus pro *cantanda missa*, cum arte et notis musicis, licet id possint facere cantores qui cantant in choro... »

Et Sanchez, après Suarez, acceptant ces mêmes conséquences, pose le même principe : « ... labor hic non est separabilis a re spirituali, ideo non est vendibilis... »

Mais du fait même, cependant, qu'ils reconnaissent là *un travail*, labor, si étroitement lié qu'il puisse être au bénéfice spirituel obtenu, comment peuvent-ils expliquer que ce travail soit moins *humain*, partant moins *rémunérable*, que celui du chemin parcouru, si ce n'est par un manque complet d'analyse, et par une appréhension absolument injustifiée ?

Et, de Lugo enfin, qui, peu satisfait, et cela se conçoit, par les explications de ces auteurs, prétend nous donner des raisons *décisives*, n'est pas plus qu'eux satisfaisant.

En effet, la raison péremptoire pour laquelle d'après lui, — il est évident que dans la rémunération de la messe, le « travail de la messe », si l'on peut ainsi parler, n'est pas pris en considération, — c'est que ce travail serait insuffisant pour justifier un pareil salaire. Ce théologien paraît ne pas se douter que par cela même que son objection est, en somme, une question de « quantum », elle confirme au lieu d'ébranler la

questîon de « principe » et devient même un argument en sa faveur ; c'est ce que nous déduisons pour notre part des développements aussi longs que faciles dont il étaye sa démonstration.

« ... Labor ille corporalis, secundùm se *non sufficit* ad justificandum stipendium ut ex justitiâ debitum, quia, licet aliquando interveniat lalor *fortasse dignus tali stipendio,* regulariter tamen non est talis, et saltem de possibili non est dubiun quod *posset celebrari absque labore digno tanto stipendio.*

Nam, secluso Ecclesiæ præcepto, posset celebrari solum consecrando et sumendo utramque speciem, *quod totum, in uno temporis minuto fièri commode posset,* qui labor certe secundum se *non esset dignus stipendio tali quale pro missa datur.* »

De cette objection qu'il trouve décisive nous allons faire, nous, un excellent argument pour l'opinion qu'il combat et que nous avons adoptée.

Précisment de ce que *la consécration,* l'acte suprême de la messe, pour lequel il peut paraître délicat de distinguer le travail du prêtre du fait spirituel, n'exige qu'un laps de temps insignifiant et peut être commodément accompli en une minute, il est bien évident que ce n'est pas ce travail-là qu'on va rémunérer ; nous l'admettons volontiers, — quoique s'il y en a un si minime qu'il soit, ce soit très discutable en théorie, — pour écarter définitivement ce fantôme effrayant du crime de simonie. Mais le raisonnement

du théologien est d'une puérilité vraiment trop grande quand, nous le voyons, — pour acquérir quelque force, — *faire abstraction,* sans autres formes, — des prières et cérémonies dont précisément les préceptes de l'Église veulent que cette consécration soit entourée (... secluso Ecclesiæ præcepto...) et qui, exigeant du prêtre une peine assez grande, un temps relativement long vont être la raison tout indiquée et toute naturelle de sa rémunération !

Ceci dit et maintenant qu'il est acquis, pensons-nous, que ces objections n'ont aucune portée, voyons, de la bouche même de ceux qui les formulaient, l'exposé de l'opinion communément admise, — opinion que nous nous refusons à accepter.

Opinion communément admise, dite du « remboursement des frais. » — «... *Communior* explicandi modus est quod stipendium *non detur ut pretium* sed ad sustentationem ministri, sive totalem, sive ex parte.

In quo autem differant dare ut stipendium ad sustentationen et dare ut pretium, — omissis aliis modis, possunt hac viâ declarare exemplo pictoris, qui, nollet vendere suas operas aut picturas, sed vellet *gratis depingere* in obsequium Ecclesiæ et votum de hoc fecisset.

Non esset tamen contra hoc votum, si peteret ab Ecclesia *sumptus necessarios* ad colores, ad tabulam et alia omnia ; *adhuc enim diceretur depingere gratis* ; imo, si ipse ad laborandum cibo vel potu

peculiari indigeret, *illud totum computaretur inter sumptus necessarios ad picturam*, et posset dici in rigore gratis et non pro pretio fecisse illud opus, si solum acciperet *necessaria* ad pingendum.

Rursus ponamus aliquem habere virtutem supernaturalem et gratiam gratis datam ad curandum aliquod morbi genus, si hic accerseretur, ut eum curaret, propositis magnis prœmiis, posset dicere : « Gratis accepi, gratis dabo ; — nolo pretium ; — et hoc licet peteret *necessaria* ad iter illud agendum, et licet, *dum esset in principis curià*, aleretur principiis expensis ; — hoc enim *non sunt pretium*, — sed necessaria ad hoc, ut posset exsequi illic suum ministerium.

Sic ergo sacerdos, ut minister evangelicus, non facit contra præceptum Christi « gratis dandi quod gratis accepit », si, ab illis quibus ministrat accipiat necessaria ad ministerium exsequendum, si accipiat panem, vinum, cera et alia neccessaria ad ipsum sacrificium.

Inter illa autem qua necessaria sunt ad sacrificium, *unum et potissimum est ipse sacerdos*, qui sicut non potest sine ministro, sine cera, sine vino,... celebrare ita nec potest *sine seipso sustentato et bene disposito*.

Sicut ergo cera ad alimentum ignis necessarii in sacrificio exigi potest, sic etiam poterit cibus necessarius ad alimentum sacerdotis oblaturi, qui sine

victu offerre non potest, sicut nec ignis lucere sine cera et alimento.

Quamvis hoc ergo accipiat sacerdos a petente missam, adhuc dicetur in rigore gratis offerre sacrificium pro ipso, — quia nihil aliud petit nisi quæ necessaria sunt ad ipsum sacrificium quod petitur; — et dum, hæc a sacerdote petuntur, debentur ex justitia, non ut pretium, sed ut *necessaria ad sacrificium quod petitur*. »

Et voilà à quelle opinion absolument inacceptable nous aboutissons : la rémunération de la messe ne peut être que le remboursement des frais nécessaires à la célébration de cette messe elle-même ! Et cette opinion est si illogique, elle contient dans son développement tant de contradictions que le seul embarras qu'on éprouve en face d'elle est de ne plus savoir dans la masse de celles qui se présentent à l'esprit, quelles objections choisir.

Persuadé qu'il n'est pas nécessaire de bien ranger ses troupes pour aller à l'assaut de position si peu défendue, nous demandons qu'on nous permette de formuler quelques-unes de ces objections sans ordre, comme elles se sont présentées à notre esprit.

Nous distinguerons cependant le *sens strict* et le *sens large* dans lesquels cette opinion peut être interprétée.

Dans le premier sens d'après cette théorie, le fon-

dement des honoraires de messes ne serait pas *le travail* et par conséquent il n'y aurait pas de *rémunération* à proprement parler : tout se bornerait au simple *remboursement des frais.* Nous employons cette expression espérant qu'elle aura pour d'autres le sens précis qu'elle a pour celui qui, comme nous, a été à même de voir souvent la précieuse feuille que les avoués appellent leurs rôles de frais. Pour les facilités de la taxe les éléments de ce qu'on nomme en gros « les honoraires » sont, en effet, décomposés, détaillés, sur des colonnes en tête desquelles on voit les mots : déboursés, — émoluments. Eh bien ! d'après l'opinion qui nous occupe les prêtres n'auraient droit qu'au remboursement des déboursés et ne pourraient prétendre aucun émolument ; cette interprétation est corroborée par l'exemple du peintre qui peint *gratis* mais auquel on paie ses pinceaux, ses couleurs, sa palette et autres accessoires, qu'à la rigueur même on fera manger pendant son travail, si ses moyens ne lui permettent pas de s'assurer pendant ce temps sa subsistance ! On voit l'objection, elle saute aux yeux ; — mais ce prêtre, ce peintre comment vivront-ils entre deux travaux ainsi effectués, comment et de quoi vivront-ils, à supposer qu'ils n'aient pas cessé un instant de le faire quand ils le pouvaient, dès que la vieillesse ou la maladie les empêchant de travailler ils auront encore cependant à assurer leur existence ?

Et à un autre point de vue, comment expliquer l'uniformité du tarif des messes, sans considération des moyens de fortune des prêtres, fait qui est indéniable et qui est relevé ici même par les théologiens quand ils établissent, comme nous l'avons vu au début de cet examen, que les honoraires sont dus, même au prêtre qui n'en aurait nul besoin, *etiam sacerdoti non indigenti?*

Et alors on se demande, parce que impartialement on doit toujours chercher à interpréter une opinion dans son sens le plus rationnel, si celle-ci ne doit pas l'être *lato sensu*, ce qui ferait tomber la première objection des deux que nous venons de faire.

Ce qui pourrait porter à le faire c'est ce passage où, développant cette idée qu'il faut payer au prêtre tout ce qui est nécessaire pour la consommation du sacrifice *necessaria ad sacrificium*, les théologiens font remarquer que le prêtre lui-même est la première chose de toute nécessité, *unum et potissimum est ipse sacerdos*, et, comparaison quelque peu triviale, sans doute, qu'il lui faut de la nourriture pour exister, comme il faut de la cire pour que la chandelle brûle ; il ne pourra, en effet, officier disent-ils, s'il n'est pas bien nourri et dispos : *sustentato et bene disposito.*

Cette interprétation rendrait l'opinion acceptable puisqu'alors elle autoriserait une rémunération, c'est-

à-dire la dation d'une somme d'argent correspondant non plus aux frais, mais à la peine donnée, au travail fourni, rémunération qui, si elle ne permet plus guère de dire que celui qui l'a reçue a travaillé *gratis,* du moins est de toute justice et peut même s'appeler si l'on veut un remboursement des frais puisqu'en assurant la vie de celui qui la recevra elle l'indemnisera des frais qu'elle occasionne.

Cette interprétation rendrait surtout l'opinion admissible pour nous, en ce sens que la question de mots mise à part, elle ne serait autre que celle qui est la nôtre et qu'on peut appeler louage de services ou d'ouvrage.

Mais c'est précisément ce qui rend cette interprétation impossible puisqu'elle serait contraire à la pensée des théologiens.

En effet, il n'est pas permis de douter des limites dans lesquelles ils circonscrivent leur opinion, quand on considère qu'ils la formulent après avoir catégoriquement rejeté l'opinion si clairement exposée du louage de services.

Pour nous donc la conclusion s'impose. C'est qu'il n'y a qu'une théorie acceptable, rationnellement soutenable et que le seul argument sérieux qu'on peut faire valoir à l'appui de l'opinion communément admise à savoir qu'elle est l'observation d'un précepte divin, — « gratis dandi, quod gratis accepit », tombe devant cette remarque que l'opinion que

nous faisons nôtre se base aussi sur un précepte divin : « Dignus est operarius cibo suo (ou) mercede sua. »

D'ailleurs, ce qui nous intéresse le plus et l'idée que nous tenons surtout à recueillir dans cet examen, — idée admise par *tous* les théologiens, — c'est qu'en tous cas les honoraires de messe ne sont pas une *donation* : datur ergo ex titulo *justitiæ commutativæ*.

Il importait de finir sur cette constatation car elle nous sera précieuse étant donné que nous verrons soit en doctrine, soit en jurisprudence, l'idée même de l'*acte à titre onéreux* très souvent discutée.

Telles sont donc les conclusions auxquelles nous aboutissons à la fin de cet examen des doctrines théologiques. Inexactitude flagrante de l'opinion communément admise sur le fondement de l'honoraire de messe ; nécessité logique de donner comme fondement à cette rémunération regardée par les théologiens eux-mêmes comme *exigible en toute justice et la résultante d'un contrat synallagmatique*, l'idée du louage de services ou d'ouvrage.

Mais ce n'est pas tout car une particularité de notre contrat pourrait paraître encore venir à l'appui de l'opinion que nous combattons.

De l'aveu de tous (de nous-mêmes, par conséquent) le contrat de messe a ceci de très particulier qu'il

admet (1) l'intervention d'une tierce personne, l'évêque dont le rôle consiste à déterminer *par un tarif*, le montant de la rétribution à allouer.

Cette particularité, non constestée, peut paraître disons-nous venir à l'appui de l'opinion des théologiens. On peut soutenir, en effet, que c'est surtout dans l'opinion qui donne pour base à la rémunération le remboursement des frais, que l'uniformité de tarif se conçoit et s'explique, tandis qu'elle est beaucoup plus difficilement conciliable avec l'opinion du louage de services qui paraît impliquer une variabilité indéterminable parce que produite par la différence des personnalités.

On conçoit parfaitement que l'évêque ait été chargé du soin de modifier, remanier, un tarif basé sur les frais nécessités pour la célébration de la messe, frais qui peuvent augmenter ou diminuer suivant les époques, les pays ; on s'explique beaucoup moins ce droit si le contrat étant un louage de services, se fait naturellement *intuitu personnæ* et ne peut nécessiter que des lois absolument générales et immuables, déterminant une fois pour toutes les limites de ce contrat et autorisant, par exemple, au cas d'indigence notoire à augmenter d'une certaine quantité la rétribution normale.

---

1. Nous ne disons pas bien entendu : *qu'il impose.*

On comprendrait aussi avec une semblable interprétation du rôle du « tarif », l'opinion que nous trouverons formulée en jurisprudence et adoptée par certains auteurs éminents comme Tissier, opinion d'après laquelle le tarif détermine *la valeur* de la messe tout comme les mercuriales des marchés déterminent *la valeur* des denrées et d'où l'on déduit cette conséquence excessivement importante que tout ce qui excède le tarif constitue *une donation*. De là à la théorie de la « libéralité avec charges » il n'y a qu'un pas et les auteurs comme Tissier le franchissent facilement paraissant ne pas seulement se douter, qu'à supposer même exacte leur opinion du tarif, ils inventent de toutes pièces un contrat où, sans souci aucun de la volonté des parties ils voient un accessoire et un principal et font de l'accessoire, l'excédent constituant la libéralité, le principal !

Ces auteurs et ces magistrats sont d'autant moins excusables d'avoir adopté aussi facilement une opinion dont les conséquences sont si importantes, qu'il était extrêmement simple de les contrôler et d'en voir le mal fondé.

Une première considération aurait dû tout d'abord ébranler l'opinion des jurisconsultes si, au lieu de raisonner d'une façon trop abstraite, ils avaient considéré ce qui se passe *en pratique*. Couramment, en effet, les fidèles négligent absolument ce fameux tarif

et sans penser, — croyons-nous, faire une libéralité avec charges, — ils en dépassent les chiffres dans une mesure aussi variable que leurs moyens, c'est-à-dire qui peut être importante comme absolument insignifiante.

Nous n'avons pu songer évidemment à établir ce fait par une enquête pas plus que nous ne voudrions révéler les noms de ceux qui, autour de nous et à notre connaissance, agissent de la sorte ; *non est hic locus* ; du moins nous donnons cette affirmation sincère de façon catégorique et sans aucune crainte d'être démenti.

Mais le plus curieux, et quoique cela soit en vérité absolument contradictoire avec le fondement qu'elle assigne à la rémunération de la messe, c'est que la théologie elle-même accepte l'opinion qui est la nôtre et d'après laquelle le tarif n'a pas du tout pour but de déterminer en quoique ce soit *la valeur* de la messe, mais simplement, et dans le but évident d'éviter toute contestation fâcheuse, de fixer des prix *minima* au delà desquels le prêtre ne peut plus rien *exiger*, mais au-dessous desquels le fidèle ne peut vouloir descendre.

Nous voyons, en effet, dans le traité de *missæ sacrificio* de Benoît XIV et sous le titre : « De fructu medii applicatione ex ipso munere », le passage suivant : « Docet Scotus cujus doctrinam communiter sequuntur cœteri theologi,... triplicem esse missæ fructum : primum generalissimum, cujus fideles omnes

fiunt participes, alterum specialissimum, quo fruitur sacerdos, tertium qui dicitur medium, quemque iis sacerdos applicat pro quibus sacrificium offert. »

Et le cardinal Bona dans son *Tractactus asceticus de sacrificio missæ* dit également : « Ad infinitam sacrificii efficaciam, prœter hostia et principalis offerentis (Jésus-Christ) infinitatem ; *requiritur etiam infinitas ejus a quo immediate offertur.*

Cum igitur sacerdos immediatus offerens sit finita dignitatis, valor etiam sacrificii quoad actualem influxum et efficientiam finitus erit.... »

Nous nous félicitons que les théologiens éminents dont, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la haute bienveillance nous a permis de documenter notre discussion comme nous avons pu le faire jusqu'ici, nous aient encore aidé à jeter sur cette question, grâce aux textes que l'on vient de lire, une éclatante lumière.

Grâce à ces documents, il nous est permis de démentir formellement cette opinion qu'on trouvera formulée dans la jurisprudence et d'après laquelle le Concordat ayant stipulé la gratuité du service du culte il est théoriquement impossible que le contrat de messe soit un acte à titre onéreux. Grave confusion, erreur complète ou plutôt ignorance absolue de la théologie qui nous enseigne qu'il peut y avoir, par suite de la célébration de la messe, un bénéfice spirituel général et gratuit et un bénéfice particulier

dont on peut s'assurer l'avantage par une rémunération.

De même, grâce à ces documents, nous trouvons corroborée notre opinion du louage de services et cette idée que la rémunération peut être variable, parce que faite, intuitu personæ, d'après la piété, la ferveur que l'on suppose chez le célébrant, tout comme pour un avocat. Retenons bien cette analogie qui pour nous est frappante, le prêtre par son plus ou moins de mérites, peut obtenir ce que Benoît XIV appelle un fructus medius, une grâce, un bénéfice spirituel variable, comme sa propre dignité : le cardinal Bona le dit formellement : cum igitur sacerdos... *sit finita dignitatis, valor etiam sacrificii,... finitus erit.*

Enfin et ce va nous être une transition tout indiquée avec l'étude que nous nous proposons de faire des données fournies par le droit canonique sur notre question et spécialement sur les *fondations*, ce droit canonique vient à l'appui de l'opinion que nous opposions à celle de certains jurisconsultes et d'après laquelle le « tarif » des messes n'a été établie que pour fixer des honoraires *minima* et dans l'idée d'éviter toute contestation fâcheuse. C'est presque la traduction littérale des paroles mêmes de Benoît XIV citées par Bargillat dans ses sélections de droit canonique, sous le titre fâcheux, mais il est entendu qu'en cette matière nous serons constam-

ment poursuivis par l'imprécision la plus grande de : « *Eleemosyna* pro missæ celebratione » et que nous traduirons en pensant répondre à la pensée de l'auteur non aumône, don ou offrande, mais « honoraires » qui est, en somme, juridiquement, l'équivalent de « salaires » mais avec une atténuation toute de forme et inspirée par une sorte de respect de la fonction rémunérée.

« In *quantitate hujus eleemosynæ determinanda*, ratio habenda est consuetidinis vigentis, vel legis synodalis, quatenus adsit ; sin minus statuenda est per Episcopum *stipendii* (1) *summa*, respectu habito ad locorum et temporum circumstantias.

Effectus hujus taxæ est : *ut impediantur importuna et immoderata eleemosynarum exactiones, cum ultra eam nemo quidquam exigere valeat et simul honori sacerdotum prospiciatur. Attamen stipendium* PINGUIUS *sponte oblatum recipi potest.* »

Voilà donc exactement confirmés et appliqués par les règles du droit canonique, les principes que la logique seule nous avait d'abord amenés à formuler. Le tarif fixe un prix minimum et non *la valeur* de la prière demandée au prêtre ; rien n'empêche, par con-

---

1. Cet emploi indifférent des mots « stipendium » et « eleemosyna » prouve bien, croyons-nous, l'exactitude de notre manière de voir.

séquent, que si l'on attache plus de prix à ces prières une rémunération plus forte soit donnée sans que la partie excédant le tarif puisse en quoique ce soit être une *donation*. Et ce qui autorise cette façon de voir c'est que ce n'est pas, ainsi que le dit le cardinal Bona, la valeur du sacrifice lui-même qui est prise en considération, sacrifice où N.-S. J.-C. étant le sacrificateur, on ne peut admettre aucune variabilité de l'effet ni même tenter n'importe quelle détermination ; c'est la personnalité, la dignité du prêtre lui-même, qui est prise en considération et elle autorise par conséquent, une variabilité qui n'a pu être admise par le tarif, par une impossibilité théorique et parce qu'il est fait pour un but tout spécial.

Aussi trouvons-nous parfaitement exacte et justifiée cette règle du droit canonique : le tarif (taxa) n'empêche pas qu'une rémunération plus forte, *sponte oblata*, puisse être perçue. Seulement, on ne pourrait exiger que le fidèle la donne malgré lui (invitus) et cela pour éviter un marchandage incompatible avec la dignité des fonctions ecclésiastiques.

Nous trouvons ces motifs surabondamment développés dans tous les décrets des Conciles auxquels la question avait été soumise (S. C. Con. in Trevirensi, 11 mai 1888; S. C. Con. in Colonien, 25 juillet 1874 ;) et dont nous citerons un extrait:

« Vigilanti studio, *convellendis eradiscandisque*

abusibus missarum celebrationem spectantibus... (decreta) quibus omne hac in re damnabile lucrum removeri voluit, piasque testantium voluntates et obstrictam benefactoribus fidem adamussim servari religioseque custodiri mandavit. »

Suivent des règles ayant pour but d'empêcher le trafic des honoraires de messes entre les prêtres qui les avaient reçus et ceux qu'ils peuvent charger de les dire, toutes choses absolument étrangères à notre sujet.

Nous en avons donc terminé avec la question de la nature du contrat de messe et de la particularité venant de l'existence d'un tarif et nous aboutirons d'après les données théologiques et les règles canoniques à ces conclusions précises et formelles : 1° le contrat de messe est *un contrat à ttre onéreux* susceptible d'une *rémunération indéterminée;* 2° le tarif étant fait pour la sauvegarde de la discipline ecclésiastique *ne peut changer en rien ce caractère* et ne doit jamais être pris en considération à ce point de vue. Il en est de ce tarif comme de l'interdiction faite également pour la sauvegarde de la dignité de leur Ordre aux avocats d'exiger en justice les honoraires qui leur sont dus ; elle ne peut entraîner cette conséquence que des honoraires spontanément offerts, pour considérables qu'ils soient, constituent une donation.

Il nous reste maintenant à voir comment le droit

canonique apprécie et réglemente l'acte par lequel on stipule non plus une messe mais plusieurs, ce nombre pouvant aller jusqu'à la perpétuité, — acte qui s'appelle une fondation.

Nous avons déjà constaté et nous constaterons encore souvent de nombreuses contradictions, une imprécision absolue qui sont comme les caractéristiques de cette matière. Ce fait, pour être une justification de ce travail, — justification trop éclatante au gré même de son auteur, — ne le rend pas moins très ardu et nous refusera d'accepter aucun secours de toutes les doctrines que nous aurons eues à examiner. Nous sommes dans la nécessité de combattre les principes canoniques sur « les fondations » avant de lutter contre la jurisprudence et la doctrine du droit français.

Il aurait paru naturel, logique, après l'examen des données théologiques où dans l'incohérence des idées nous avions pu au moins aboutir à cette conclusion incontestée que le contrat de messe est un acte *onéreux*, — que les règles canoniques sur les « fondations » s'appuient sur le même principe.

Il n'en est rien. Nous allons pouvoir constater tout de suite que le droit canon, attribue à la « fondation » le caractère bâtard de « libéralité avec charge » laissant ainsi la porte ouverte à toutes les discussions que nous verrons surgir en jurisprudence et en doctrine.

Bargillat, dans le recueil déjà cité et résumant les règles des Conciles, nous dit, en effet, sous le titre de : *natura fondationum* : « Fundatio est : Attributio boni temporalis, facta alicui instituto ecclesiastico, sive *donatione* inter vivos, — sive per testamentum, — sub conditione operis spiritualis, in perpetuum, vel in diuturnum tempus præfinitum, præstandi. »

La définition est précisé, est, si elle manque de concordance, à notre avis, avec les données recueillies en théologie, il paraît difficile d'en discuter le sens, encore moins de croire que son auteur a été victime d'une erreur de terminologie. La « fondation de messes », est donc bien, en droit canon, une donation, donation avec charges, il est vrai, mais enfin une donation.

Nous ne savons pas si les docteurs en théologie connaissaient parfaitement, en posant ce principe, les conséquences extrêmement graves qu'il entraînait.

Nous allons les exposer pour montrer une fois pour toutes l'intérêt de la question.

Il y a un premier principe, de pure logique celui-là, mais qu'il importe de poser ; c'est que dans une donation avec charges, c'est la donation qui est le principal et la charge qui est l'accessoire ; donc pour savoir quelles sont les conséquences juridiques de l'acte et les règles qu'il faut lui appliquer, c'est

d'après le caractère gratuit de la disposition qu'il faut décider.

Nous n'admettons pas et nous ne voulons pas le faire par égard pour la doctrine que nous discutons que, reculant devant les conséquences inadmissibles de ce premier principe, on vienne dire comme certains l'ont fait (1), au moment où il faudra les appliquer, qu'en vérité : *une donation faite moyennant des charges égales à l'objet de la donation est un contrat à titre onéreux.*

Par définition, une fondation de messes est une donation qui n'a pour charges que *des messes*, et si l'on sait ce que nous savons maintenant du « tarif », il est, en effet, absolument impossible de déterminer où commencera et où finira la donation ; c'est l'argument péremptoire de la thèse que nous soutenons.

Mais nous ne pouvons pas et on le comprendra bien, dans une matière où tout est discuté, ou rien encore n'est considéré comme acquis, traiter comme quantité négligeable une théorie qui peut mener à d'aussi graves conséquences, sous prétexte qu'il n'y a là qu'une question de *mots*. Si, ce que nous ne

---

1. Cette opinion est notamment reproduite et acceptée dans une note très documentée de M. A. Wahl sous une espèce relatée au Sirey (97.1.289).

savons pas et ne pouvons par conséquent pas gratuitement supposer, c'est, en effet, la véritable idée du droit canon que les fondations de messes sont des actes à titre onéreux, c'est parfait ; il n'y a plus à insister puisque cette opinion est également la nôtre.

Mais si nous donnons aux *mots,* un sens, une portée, ce que nous sommes obligés de faire, il nous faut voir quelles conséquences ils entraînent pour pouvoir, quand nous aurons donné un corps à cette opinion, plus aisément la discuter.

Bien entendu, nous bornerons cette discussion dans les limites du droit français ; le temps et les moyens dont nous disposons ne nous permettent pas de tenter une étude de droit comparé qui eû été cependant des plus intéressantes.

Voyons donc quelles conséquences entraîne, en droit français, cette appréciation du caractère de la fondation.

Il y a d'abord la question d'impôts. Elle a son intérêt, car les donations sont frappées de droits beaucoup plus élevés que les actes à titre onéreux. Cela entraîne cette considération qui est une raison d'à-côté mais que nous tenons beaucoup à indiquer parce que ce sont malheureusement ces raisons qui sont parfois déterminantes pour les juges, c'est que pour éviter que les fondations qui leur étaient soumises soient frappées des droits exorbitants qui atteignent

les mutations à titre gratuit, les tribunaux ont été parfois amenés (1) à considérer comme faites à titre onéreux de véritables dispositions à titre gratuit ; mais il ne faut pas en induire comme fait précisément M. A. Wahl, qu'au fonds, toutes les fondations sont des libéralités !

Il y a ensuite ce qui a exclusivement de l'importance au point de vue théorique, puisque dans la pratique les résultats sont les mêmes, la différence au point de vue de la *résolution*, les donations avec charges étant soumises à l'article 953 du Code civil et les contrats à titre onéreux à l'article 1184.

Il y a encore, ce qui est beaucoup plus important, la question de la *forme* des actes. Chacun sait, en effet, que les donations sont soumises, à titre exceptionnel en droit français, à des formes solennelles, qui ont pour but d'empêcher le donateur d'être circonvenu, de protéger sa famille, etc. L'acte à titre onéreux n'est assujetti, lui, à aucune forme.

De plus, sur le fondement de l'intention de son auteur la donation est révocable pour cause de survenance d'enfants en vertu de l'article 950 du Code civil.

Elle est, si elle excède la quotité disponible, réduc-

---

1. C'est du moins et avec quelque fondement croyons-nous la remarque faite par M. A. Wahl dans la note précitée.

tible en vertu des articles 913 et 920 du Code civil car la loi n'a pas seulement voulu instituer la réserve dans l'intérêt de certains héritiers, elle a voulu aussi la sanctionner.

Et ici, une parenthèse. Nous aurons l'occasion de voir en jurisprudence des affirmations dans le genre de celle-ci : alors même que les fondations de messes seraient des actes à titres onéreux, *il est certain* qu'elles ne devraient jamais cependant entamer la réserve. Pourquoi ? Qui l'a dit ?

Pour employer le style de M. A Wahl, en vertu de quelles affirmations divinatoires pose-t-on de pareils principes ? L'article 913 est formel, il parle de « libéralités » et il est bien évident qu'il doit être interprété restrictivement car la réserve n'est pas autre chose qu'une *expropriation*. Et alors ? Oh ! la raison est bien simple. Comme les partisans de la fondation « libéralité » ne sont pas plus sûrs du bien-fondé de leur opinion que les partisans de la fondation « acte à titre onéreux » et pour cause, la nature de cet acte n'ayant jamais été étudiée, quand ils aboutissent à une conséquence qui leur paraît inadmissible, ils font volte-face, tout simplement.

Nous n'examinerons pas la question de savoir, si alors même que le législateur aurait reconnu que certains actes, comme les fondations de messes, étaient des actes à titre onéreux, il ne leur aurait pas moins appliqué les principes qui ont dicté l'article 920 ;

cela serait absolument oiseux. Mais, comme, en l'état, la question de l'application des article précités aux fondations de messes est pour le moins très discutable, elle est une preuve de plus de tout l'intérêt qui s'attache à la distinction dont nous parlons.

Puis il y a le fameux article 910, qui donne aussi un grand intérêt à l'appréciation de la nature du contrat de fondation et sur le terrain duquel ont été placées presque toutes les espèces que nous examinerons en jurisprudence.

Enfin et surtout il y a la loi de 1905, loi qui, ainsi que nous le verrons dans la partie consacrée à son étude, fait une question de vie ou de mort pour la fondation de celle de savoir si c'est une libéralité ou un acte à titre onéreux.

Tel est l'intérêt de la distinction; on voit qu'il est d'une extrême importance, importance que la loi de 1905 a porté à son plus haut point.

Nous pensons même que la distinction n'ayant une gravité exceptionnelle que par le fait de la loi de 1905 et les fondations ayant toujours pu naître et se développer antérieurement à cette loi malgré l'incohérence des principes, il faut attribuer à cela le peu de soin apporté jusqu'ici à préciser leur nature : c'était délicat, sans doute, mais il le fallait et la loi de 1905 en fait aujourd'hui une nécessité impérieuse.

Nous avons donné ce développement à cette place parce que, comme nous l'avons dit dans notre Intro-

duction, il était impossible dans une matière pareille d'adopter un plan *rationnel*. Il fallait entrer résolument dans cette forêt vierge et tâcher, chemin faisant, de faire la place aussi nette que possible.

Pour la première fois dans cette étude nous nous trouvons en face d'une définition de la fondation.

Nous remarquons qu'elle ne cadre pas avec les données déjà recueillies et, une fois pour toutes, nous indiquons l'importance de la question.

Mais ce n'était point le moment de discuter à fond cette théorie de la fondation « libéralité avec charge », car il est évident que si la jurisprudence et la doctrine du droit français attribuaient aux fondadations des caractères précis et indiscutables, on pourrait pratiquement ne pas se soucier de les voir en contradiction avec la théologie et le droit canonique.

Aussi faut-il réserver la discussion sur ce point et clore cette partie sur cette constatation que le contrat des messes est un acte à titre onéreux et que cependant le droit canon regarde les fondations comme des libéralités.

BIBLIOGRAPHIE

Epîtres de saint Paul, aux Corinthiens et de saint Matthieu ; Décret d'Urbain VIII ; Définitions du concile d'Agde ; dans le *Théologiæ cursus completus* de J.-P.-M (édit. de 1840), p. 841 et suivantes.

P. Suarez. — T. Ier de « Religione » et 4; « De simonia », ch. 21, nº 16.

P. Thomas Sanchez. — T. Ier « Consilior », livre 2 et 3, dub. 10.

De Lugo. — « Tractatus de vene. Eucharist. Sacramento » Disputatio XXI; « De justo misso stipendio », p. 841 et suivantes.

Benoit XIV. — « De sacramento misso sacrificio », p. 1095 et suivantes.

Cardinal Bona. — « De sacrificio misso tractatus asceticus », p. 1306 et suivantes.

Bargilliat. — « Prælectiones Juris Canonici », 10me édit. (1899); « An taxa eleemosynæ missarum statui possit ab [illegible] » nº 957 et suivants ; « Fundationes », nº 1363 et suivants.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE

Il nous est agréable de commencer la série des décisions se rapportant à notre matière par une espèce dont l'originalité toute particulière lui vaut bien le premier rang que, par ordre de dates, nous devons d'ailleurs lui donner.

Arrêt de la Cour de Turin du 30 *janvier* 1808.—Cet arrêt fut rendu à l'époque qui nous paraît aujourd'hui bien éloignée où Turin faisait partie de l'empire français, comme chef-lieu du département du Pô.

Il s'agissait d'un prêtre, l'abbé Tournon, qui était mort laissant un testament à peu près conçu en ces termes: « J'institue *mon âme* ma légataire universelle et je charge X..., mon exécuteur testamentaire, de vendre tous les effets de mon hoirie et d'en convertir le prix dans la célébration de messes, après les dettes et legs payés. »

Il y eût, comme il convient, de longues discussions, sauf sur ce point auquel on aurait peut-être dû donner plus d'importance que ce qu'on fit, que l'institu-

tion de l'âme devait être entendue en ce sens que l'âme du testateur était, en effet, la véritable bénéficiaire de ces dispositions.

La Cour de Turin se borna à établir une sorte de principe contre lequel nous verrons de nombreux arrêts réagir par la suite.

Elle a estimé : « Que les principes qui ont dicté l'article 910 du Code civil s'appliquent aux dispositions de la nature de celle dont s'agit, disposition tendant à priver des héritiers légitimes d'une succession, *pour l'employer à des usages qui ne sauraient être considérés comme plus favorables que les objets indiqués dans ledit article...* »

Il y avait là une appréciation absolument déplacée et pour le moins inutile au point de vue juridique, car, ce qui importe seulement au point de vue de l'article 910 c'est le caractère onéreux ou gratuit de la disposition.

Pour nous, il nous plaît, comme nous l'avons dit, de commencer par une espèce qui pose notre problème avec à la fois autant de précision et d'originalité que l'on en peut souhaiter.

Et qui sait si ce n'est pas intentionnellement que le disposant se doutant de chicanes possibles, — connaissant peut-être l'article 910, — avait institué son âme pour bien montrer qu'il ne s'agissait là que d'un acte à titre onéreux dont il réclamait l'exécution après sa mort dans les mêmes conditions où il eût pu

l'accomplir lui-même de son vivant, et dont il entendait rester l'unique bénéficiaire ?

C'était là qu'était le véritable problème et aussi sur le point de savoir si la nomination d'un exécuteur testamentaire peut suffire à soutenir une hérédité, à donner corps ne fût-ce que pendant le peu de temps nécessaire à la vente des biens, *à ce patrimoine* qui n'est précisément ni vacant, ni possédé à titre de propriétaire.

Nous verrons que dans les plaidoiries dont certains arguments nous ont été gardés par les commentaires, — quelquefois même dans les considérants des arrêts, — ces questions-là ont été effleurées ; les uns disaient : il n'y a pas de legs, il n'y a pas de libéralité, nous n'avons donc que faire de l'article 910, et en cela il nous paraît qu'ils raisonnaient juste ; mais les autres répliquaient : s'il n'y a pas de legs, pas d'institution d'héritier, il n'y a pas de succession testamentaire, et notre prétendue disposition doit tomber ; et il faut convenir qu'en l'état de la doctrine ils avaient peut-être raison.

Arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1828. — Cet arrêt de la Cour de Turin fut précisément cité par M. Jaubert, avocat général près la Cour de Pau, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 26 novembre 1828 et qui se présentait dans les mêmes conditions de fonds sinon de forme.

Il s'agissait d'un testament fait par une dame Gui-

met, décédée le 4 mai 1824, testament ainsi libellé : « J'entends que tous mes biens soient vendus et que le prix en soit employé, — dettes et charges payées —, à des messes pour le repos de l'âme de mon mari, de ma fille, de ma mère et de la mienne ; je nomme M. Izante, curé de cette ville, mon exécuteur testamentaire et le prie d'accepter cette charge et d'exécuter mes dispositions. »

Les héritiers naturels cherchèrent par tous les moyens possibles à faire annuler ce testament ; nous dirons un mot de tous, car ils sont tous intéressants.

Ils prétendirent d'abord que le curé Izante ayant assisté la testatrice dans ses derniers moments, comme prêtre et directeur de conscience, était incapable de recevoir. Nous supposons, quoique l'arrêt et son commentaire n'en portent pas trace, qu'ils se prévalaient de l'article 909 du Code civil *in fine* et leur prétention comportait implicitement la reconnaissance du caractère de « libéralité » de l'acte attaqué.

Mais entre temps, et à l'instigation de son conseil probablement, que cette argumentation devait effrayer, le curé Izante s'apprêtait à demander acte à la Cour de Pau : «..... de ce qu'il n'entendait dire *personnellement* aucune des messes à célébrer d'après le testament Guimet et demandait que la désignation des prêtres soit faite par l'évêque diocésain. »

Voilà bien la façon de plaider telle qu'on la comprend malheureusement trop souvent ! Au lieu d'al-

ler directement, simplement au fond des choses, de se demander si l'acte attaqué contenait bien une libéralité et si le fait de dire les messes lui-même pouvait en faire considérer le curé Izante comme bénéficiaire, — question dont la réponse ne pouvait être que favorable au curé, — on va prendre des chemins détournés, on chicane, et on trouve très habile d'avoir à la barre de la Cour l'attitude que nous venons d'indiquer ! Alors que c'était reconnaître devant les adversaires eux-mêmes que l'acte constituait une libéralité.

Et quelle façon de faire disparaître cette libéralité ; derrière quelle petite pierre le curé Izante essaye de se cacher ?

Les adversaires, en effet, avaient beau jeu ; on reconnaissait devant eux que la disposition était une libéralité et on tenait, en somme, à ce qu'il soit *déclaré* que les bénéficiaires en seraient des personnes incertaines.

Il paraît cependant que dans la lutte que nous nous plaisons ainsi à reconstituer, le curé Izante fut le plus habile. La Cour adopta complètement son système et, lui ayant donné acte de ce qu'il ne célébrerait *personnellement* aucune messe, laissa la disposition de côté pour ne l'envisager que lui personnellement ; elle n'eût pas de peine à voir alors qu'il était un simple exécuteur testamentaire, que les incapaci-

tés édictées par les articles 1028, 1029 et 1030 du Code civil n'atteignaient pas.

En un aussi mauvais chemin, la Cour ne pouvait arriver à valider notre disposition qu'avec une argumentation bien boiteuse, si ce n'est même contradictoire. Nous allons en donner quelques échantillons puisque leur défectuosité est un argument pour la thèse que nous soutenons.

« Attendu que, sans doute, toute disposition doit être *déterminée et qu'on ne pourrait maintenir un legs universel ou particulier si la personne qui en était l'objet et devait le recueillir n'était pas désignée* et qu'ainsi il y eût à peu près impossibilité d'exécuter cette disposition ;

Qu'il n'en est pas de même d'après les nouvelles lois que sous les anciennes qui annulaient tout testament qui ne contenait pas une constitution héréditaire ;

...Qu'ainsi qu'il a été déjà considéré, *le sieur Izante n'étant nullement l'objet de cette disposition,* si ce n'est pour la faire exécuter, *et ne devant en retirer aucun avantage* (!), c'est le cas, sous tous les rapports, sans s'arrêter à la nullité qui en est demandée, de la valider au contraire dans tout son contenu. »

Les héritiers naturels demandaient alors comment on s'accommodait de la non-conformité aux prescriptions de l'article 910 du Code civil puisqu'il

était reconnu que la disposition contenait une libéralité, — libéralité que l'on reconnaissait au surplus devoir être recueillie par les fabriques sans le contrôle de l'évêque.

L'argument était péremptoire et la Cour ne pouvait plus le rejeter qu'en déclarant alors qu'il n'y avait pas de véritable libéralité en la matière.

Retenons son raisonnement que nous combattons dans son ensemble parce qu'il aboutit à des conclusions que nous ne pouvons admettre, mais qui, ici, est en absolue conformité avec le nôtre.

« Attendu que, dans l'espèce, le testament n'institue point le légataire dans ladite disposition *qui n'est que l'emploi ou une charge de la succession;* qu'on ne peut réputer comme des légataires les ecclésiastiques qui seront appelés à célébrer les messes, *dès qu'ils ne feront que recevoir une rétribution qui leur est due et ne recueilleront rien à titre gratuit;*

...Que, d'ailleurs, les lois et ordonnances sur les autorisations n'ont trait... *qu'à des fondations pieuses ou de toute autre nature...* pour qu'une quantité de biens trop considérable ne soit pas enlevée au commerce et au préjudice des familles;

... Que, sans doute, des dispositions de cette nature, lorsqu'elles ne sont pas dirigées par une piété éclairée qui sait concilier les sentiments religieux avec ce que l'on doit naturellement à sa famille,

peut donner lieu aux plus graves abus et exciter la sollicitude du gouvernement, mais que les tribunaux, *rigides applicateurs des lois,* ne peuvent que s'y conformer et ne sauraient prescrire une autorisation qu'elles n'exigent pas dans des cas pareils. »

La conclusion était, à notre sens, rigoureusement exacte, mais le raisonnement était si défectueux, si vicieux, qu'il avait peu de chances de plaire; en effet l'arrêt de la Cour de Pau fut cassé et la Cour de cassation déclara qu'il y avait bien là une libéralité tombant sous le coup de l'article 910 du Code civil.

Il était vraiment trop facile de prendre en défaut l'argumentation de la Cour de Pau et nous comprenons sans peine avec quel bonheur le défenseur des héritiers naturels devait la combattre lorsqu'il disait : mais on a dit, pour tourner, ou mieux pour escamoter la difficulté, *qu'il n'y avait pas de légataire,* c'est vraiment trop commode ! Quand on voudra s'affranchir de la nécessité d'une autorisation il n'y aura qu'à charger par son testament tel ou tel individu de bâtir un couvent, d'entretenir des pauvres ou des prêtres !

Mais la thèse de la Cour de cassation prête aussi beaucoup à la critique.

Qu'on en juge par ces quelques affirmations:

«... Les charges qui peuvent être attachées aux legs n'en changent point la nature (?);

... C'est bien ravaler les fonctions d'un saint ministère que de les considérer comme un travail pécuniairement récompensé; d'ailleurs, l'article 5 du Concordat déclare que toutes les fonctions du culte catholique sont *gratuites ;* il ne peut y avoir que des oblations, c'est-à-dire des dons purement volontaires. »

Il nous semble qu'à examiner sans aucun parti pris ces deux affirmations, par exemple que « les ecclésiastiques ne font que recevoir une rétribution qui leur est due » ou qu'ils ne reçoivent « que des dons purement volontaires », on doit être porté à préférer la première, surtout lorsqu'on sait que la théologie et le droit canonique conviennent très nettement, qu'il n'y a pas de donation en notre matière mais bien une rétribution justement méritée.

Nous aurons déjà fait grand profit de cette espèce si nous en retenons cette idée ; si nous en retenons aussi que pas plus dans un sens que dans l'autre l'argumentation n'était solide parce qu'elle n'envisageait jamais la véritable question, celle de savoir quelle est *la nature* de la fondation. Bien au contraire, ces décisions, — comme presque toutes celles que nous aurons l'occasion de voir par la suite, — paraissent partir de cette idée, considérée comme un axiome, que la fondation est une libéralité.

Arrêt de la Cour de cassation du 16 *juillet* 1834.

— Sans en arriver toutefois à poser la question comme nous pensons qu'elle doit être posée, la Cour de cassation s'est déjugée par un arrêt du 16 juillet 1834, rendu sous la présidence de Portalis.

L'espèce était analogue à la précédente. M. Lecrosnier, curé de Gavray, était mort en 1830 laissant un testament dont la disposition qui nous intéresse était ainsi conçue : « Je veux... que ce qui pourra rester après la vente (des meubles), en argent comptant ou de dû, soit employé en prières et en bonnes œuvres (1)... »

Les deux arguments, — nous verrons que ce sont presque toujours les mêmes, — des héritiers naturels étaient d'abord que le legs était nul comme s'adressant à des personnes incertaines, ensuite qu'il était au moins annulable comme n'ayant pas été soumis à la demande d'autorisation exigée par l'article 910.

Le commentateur fait précéder l'exposé des décisions de tout un cours de droit romain et de droit civil comparés, sur la possibilité de faire des legs à des personnes incertaines, sous la condition de l'approbation d'un tiers, *si Mævius voluerit, si Tituis existimaverit;* il aboutit à cette conclusion accep-

---

1. La disposition comportait aussi, bien entendu, la désignation d'exécuteurs testamentaires.

tée par tous, croyons-nous, que le droit français n'admet absolument pas le legs fait à des personnes incertaines, mais par contre n'exige aucune formule sacramentelle pour les institutions d'héritiers ou la désignation des légataires ; Grenier, Treilhard, Merlin l'ont dit très nettement : il faut et il suffit que la disposition testamentaire se justifie par ses propres termes (Merlin).

Là encore pour nous la question était mal posée, car elle n'était pas de savoir s'il y avait un legs fait à des personnes *incertaines*, mais simplement si la disposition était un legs ou autre chose.

C'est cependant bien comme cela qu'elle fut posée et comprise devant la Cour de Caen et la Cour de cassation et qu'il y fut répondu; mais, comme il arrive toujours dans les raisonnements et les discussions, de temps en temps et comme sans le vouloir, on avait touché la question véritable et dit d'excellentes vérités.

C'est ainsi qu'il est dit dans les considérants de l'arrêt de la Cour de Caen que : « la disposition ne contient nullement l'institution d'un ou de plusieurs légataires, mais que le *de cujus a disposé dans son propre intérêt* ; que la disposition est suffisamment *déterminée* pour toute personne professant la foi catholique,... imbue de la croyance que les supplications adressées à Dieu en faveur des morts deviennent un moyen de soulagement pour eux dans

l'autre vie,... que le mot « prières » s'explique ainsi assez de lui-même... »

Devant la Cour de cassation les héritiers naturels firent valoir, sans plus de succès, les mêmes moyens, et nous retenons ces deux passages dans leur argumentation : « Il est vrai que des legs sont faits, *qu'ils existent quoiqu'à titre onéreux,* mais où sont les légataires ?... etc... » ; puis ensuite : « La nécessité de l'autorisation préalable est manifeste... s'il s'agit de messes ou plutôt de sommes d'argent à dépenser en prières ; c'est l'église qui profitera du legs puisque c'est elle qui fera faire les prières par l'un de ses membres... »

Les défendeurs soutenaient qu'on ne pouvait pas dire qu'il y avait *des legs quoiqu'à titre onéreux,* mais que du moment où le caractère de libéralité ne se trouvait pas dans la disposition il n'y n'avait qu'à décider qu'il n'y avait là qu'une simple charge d'hérédité établie *dans le propre intérêt du testateur.*

Les défendeurs s'expliquaient aussi au sujet de la *détermination* des bénéficiaires de la disposition, alors que du moment que l'on prétendait qu'il n'y avait pas de legs, il n'y avait pas à rechercher si les prétendus bénéficiaires étaient ou non déterminés.

La Cour de cassation ne vint pas s'échouer contre cet écueil et posa en principe que *le legs contentieux* n'est point un legs incertain, que rien n'est plus licite qu'un legs.... applicable à des prié-

res pour son âme... et que l'article 910 ne peut en l'espèce recevoir d'application.

Si la Cour de cassation avait dit ce qu'elle entendait par « legs contentieux » et avait tenté de préciser la nature juridique de notre disposition, elle eût fait œuvre excellente et empêché peut-être que cette nature juridique ne soit encore aussi imprécise aujourd'hui que ce qu'elle était alors.

Malheureusement elle était bien loin de toute précision puisque, après avoir dit dans son arrêt qu'il s'agissait là d'un « legs contentieux » et en avoir tiré des conséquences, elle dit un peu plus loin que : « cette disposition est moins encore un legs qu'une vraie charge de la succession ».

Ainsi dans cette espèce comme dans la précédente, comme aussi dans celles qui vont suivre, pas de théorie d'ensemble, de théorie complète, mais un fouillis d'idées dans lesquelles il faudra faire un départ entre les justes et les fausses et tenter ensuite un système si nous en avons le courage et la force.

Arrêt de la Cour de Douai du 30 *mai* 1853. — Avec l'espèce soumise au tribunal d'Arras et à la Cour de Douai, nous compliquons un peu l'hypothèse.

On a remarqué, en effet, que jusqu'à maintenant les dispositions étudiées consistaient en l'affectation pure et simple d'un capital à un certain nombre de messes ; ici, sans être encore une fondation perpétuelle, la disposition se complique cependant d'une ques-

tion de temps. Ainsi l'ordre chronologique suivi aura eu le mérite d'une véritable progression !

Par testament authentique en date du 20 septembre 1847, le sieur Lesoing avait fait une disposition ainsi conçue : « Je veux que pour le repos de mon âme... il soit dit et déchargé annuellement pendant les quatre-vingts années qui suivront mon décès, cent messes chantées à la rétribution ordinaire... »

Le testament indiquait nettement les deux églises où les messes devaient être dites et contenait la nomination d'un exécuteur testamentaire. Or l'exécuteur testamentaire ne faisant absolument rien et aucune messe n'ayant été dite pendant environ cinq ans, l'idée vint aux fabriques des églises désignées dans le testament de demander l'exécution de la disposition.

D'où le procès et il se présentait de façon intéressante. Il avait été déjà soutenu, et cette idée était digne d'être considérée, qu'une disposition tendant à faire dire des messes dans une certaine église, intéressait au premier chef la fabrique de cette église et pouvait même être considérée comme un legs à elle fait.

De plus on pouvait dire aussi que le fait de la nomination d'un exécuteur testamentaire bien loin d'empêcher l'existence d'héritiers et de légataires les suppose, au contraire, nécessairement ; par conséquent

si ces légataires, quoique non indiqués comme tels dans le testament, sont cependant assez clairement désignés pour qu'on ne puisse pas contester qu'ils sont *l'objet* de la disposition, on devrait leur reconnaître le droit strict d'en exiger l'exécution.

Ce raisonnement ne fut cependant pas celui adopté par le tribunal d'Arras ni par la Cour qui confirma par adoption de motifs.

Il ne faudrait pas en conclure que la thèse du tribunal est préférable, car elle paraît très claire et très logique, mais on s'aperçoit à l'examen qu'elle n'est faite que d'affirmations et d'une question de mots.

Le tribunal estime que toute la question est celle de savoir s'il y a là une fondation ou une charge de la succession, et la résout dans ce dernier sens bien entendu.

« Attendu, dit-il, qu'il est à remarquer que le sieur Lesoing *ne donne rien* aux fabriques (des églises désignées) et ne leur impose aucune charge à raison de ce qu'il aurait donné ; qu'il ne les charge ni directement ni indirectement de faire dire les messes dont s'agit et d'en percevoir la rétribution... »

Comment? Où les juges d'Arras avaient-ils pris que pour faire une fondation de messes, il faut donner aux fabriques autre chose que le prix des messes demandées? Et comment soutenir que ce n'est rien

donner ni directement ni indirectement à la fabrique d'une église, que de demander que des messes soient dites dans cette église, lorsqu'on sait ou qu'on peut savoir si facilement que sur le prix de chaque messe, une partie de la rétribution revient précisément à la fabrique !

Et sur ce, le tribunal se risque à une définition des fondations dont la justesse ne nous paraît pas éclatante quoiqu'elle ne soit qu'un écho de la définition traditionnelle :

« Attendu qu'une fondation est *la conséquence d'une donation faite au profit de quelqu'un ou d'un établissement,* à la condition de faire une œuvre quelconque. »

Le tribunal a eu le grand tort de ne pas s'arrêter ici et de méditer un peu sur cette définition, car il n'aurait pas tardé à s'apercevoir que cette « œuvre quelconque », qui est la condition de cette donation, en absorbe parfois le profit au point où cette donation n'en est plus une, et comme ce cas-là doit, dans une fondation de messes, être la règle et non l'exception, voilà notre définition fort compromise.

On ne peut guère critiquer cependant la solution que le tribunal met au bout de ce raisonnement très critiquable, à savoir que ces messes constituaient bien un acte à titre onéreux, acte — mais ceci est beaucoup plus douteux, — dont seul l'exécuteur testamentaire avait le droit de réclamer l'exécution.

Ainsi, sans arriver, certes, à éclaircir le problème, nous en voyons toutes les difficultés, ce qui est déjà un résultat car on peut s'en rendre déjà compte, le grand défaut en notre matière a été de n'aller jamais au fond des choses et il nous aura fallu suivre chaque espèce dans son évolution pour, avec un peu de toutes, arriver à poser complètement la question.

Arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 *juin* 1856. — Cette espèce est une seconde édition de la précédente, en ce sens que c'est encore la fabrique de l'église visée dans la disposition qui en réclamait l'exécution, mais elle a ceci de particulier qu'aucun exécuteur testamentaire n'avait été désigné.

Après divers legs à titre universel et à titre particulier, le testament portait la disposition suivante: « J'affecte la somme de 3.000 francs à moi due par X, Y, Z à faire dire des messes à mon intention dans l'église de Saint-Éloi, ma paroisse. »

Personne ne s'étant préoccupé de faire dire ces messes la fabrique de Saint-Éloi crut pouvoir réclamer l'exécution de la disposition ; elle fut déboutée en première instance et en appel par des motifs où le vrai et le faux s'entremêlent lamentablement.

Sous le bénéfice des observations faites à propos de l'affaire précédente, nous allons donner quelques-uns de ces motifs, car leur exposé même peut aider à en montrer les erreurs.

Certains motifs du tribunal de Bordeaux sont calqués sur ceux de celui d'Arras. « La disposition n'est pas une libéralité proprement dite ni par conséquent un legs; elle est donc une charge de la succession ou plutôt du legs à titre universel. »

Mais comme il y avait précisément une difficulté toute particulière au sujet de la *sanction* de la charge de ce legs, difficulté évidente puisqu'elle était la cause du procès, la question se posait de savoir comment le légataire à titre universel pourrait être contraint à l'exécution et il est curieux de voir comment le tribunal y répond :

« Attendu, dit le tribunal, que la testatrice n'a pas chargé la fabrique d'exécuter ses dispositions ; que, d'autre part, il n'existe aucune loi qui charge les fabriques de faire exécuter les dispositions testamentaires qui prescrivent des prières pour les morts ; qu'à défaut de dispositions formelles à cet égard, soit dans la loi, soit dans le testament, l'exécution de la disposition se trouve NATURELLEMENT confiée à l'exécuteur testamentaire et, à son défaut, soit à l'héritier naturel, soit au légataire *lorsqu'elle constitue, comme dans l'espèce, une charge de la libéralité qui lui est faite.....* »

D'abord une erreur flagrante : dans un testament qui institue des légataires à titre universel, puis des légataires à titre particulier, en déterminant les legs de chacun, puis qui ajoute : je veux, en outre, que

3.000 francs qui me sont dus soient employés à faire dire des messes, comment voir là une charge de la libéralité faite aux uns ou aux autres et les débiteurs de cette somme n'auraient-ils pas pu refuser toute qualité aux légataires, comme le tribunal la refuse à la fabrique ?

Quelle est la loi qui dit que lorsqu'il y a un legs même à titre universel (en l'espèce il portait sur deux maisons et tous leurs meubles), mais déterminé, le légataire doit être chargé de l'exécution de dispositions qui, sans lui, pourraient devenir lettre morte ? D'ailleurs, le tribunal en convient bien un peu lorsqu'il dit que cette exécution se trouve *naturellement* confiée aux légataires.

Suit une définition de la fondation qui va nous suivre comme une hantise dans l'examen de toute cette jurisprudence : « La disposition ne constitue pas une fondation puisqu'elle n'est pas une libéralité, *la somme devant être intégralement dépensée pour faire dire des messes.* »

On dirait que les tribunaux ne voulaient pas se rendre compte d'une part de la façon dont les messes sont payées et de ce fait incontestable et qui aurait coupé court à ces erreurs, que dans la rémunération de la messe il y a *toujours* une partie du prix qui revient à la fabrique et, d'autre part, que des dispositions de ce genre peuvent aussi bien s'appeler « fondations » que celles qui constituent des libéralités·

Nous verrons cependant plus tard des décisions contenir ce motif : attendu que la fondation de messes est une *libéralité*, puisqu'il y a une partie du prix qui revient toujours à la fabrique et constitue son bénéfice !

Nous allons encore trouver d'ailleurs une argumentation et des motifs très intéressants dans les plaidoiries et l'arrêt de la Cour.

Le système de la fabrique de Saint-Éloi était que la disposition constituait une véritable fondation ; « pour n'être pas perpétuelle elle a néanmoins ce caractère, disait-elle, à raison de la durée des célébrations de messes successives, de l'importance du capital affecté, à la différence d'une disposition qui ne consisterait que dans un petit nombre de messes... »

L'erreur, là et toujours, était de prétendre que cette fondation était une libéralité, alors que la disposition « qui consisterait dans un petit nombre de messes » serait une charge, c'est-à-dire un acte à titre onéreux ; nous avons là un nouvel exemple entre mille des énormités si souvent répétées, faute d'analyse, en notre matière.

Mais où l'argumentation de la fabrique se ressaisissait, c'est lorsqu'elle concluait que : « legs, fondation ou charge cette disposition devait avoir une sanction. » Cependant la fabrique n'eût pas plus de succès devant la Cour qu'à la barre du tribunal et n'obtint qu'une modification du jugement qui était

pour elle une satisfaction très platonique et cependant contribuait, à notre avis, à prouver la bonté de sa thèse.

En effet, tout en la déboutant, la Cour déclare que ce n'est peut-être pas le légataire qui *aurait dû* exécuter la disposition, mais l'héritier naturel puisque celui-là avait la saisine des biens.

Or, en l'espèce, cet héritier naturel n'ayant absolument rien reçu, on conçoit parfaitement, que, quoique ayant l'honneur de continuer la personne du défunt, il se soit fort peu soucié de se donner la peine d'acquitter les charges d'un testament qui le déshéritait.

A part cela, la Cour reprend un certain nombre des motifs des premiers juges, redit qu'aucun texte ne charge la fabrique de l'exécution de semblables dispositions et parle encore des fondations en des termes dont le seul mérite est pour nous de rendre l'erreur plus saillante.

Ainsi, après avoir bien constaté que la testatrice voulait que les messes soient dites en l'église Saint-Éloi «... probablement parce que c'était sa paroisse et qu'elle était animée d'une dévotion particulière pour le saint auquel elle était consacrée...», l'arrêt dit qu'on ne peut voir là une disposition à l'exécution de laquelle la fabrique aurait des droits, puisque « la testatrice ne manifeste ni implicitement, ni explicitement, l'intention de la gratifier ! »

Nous reviendrons sur cette erreur que nous con-

sidérons comme très grossière et qui consiste à prétendre que pour qu'une fondation soit véritable, rationnelle, il faut qu'elle constitue une donation pour la fabrique, alors que cela serait précisément un cas anormal puisque la fabrique n'est que *l'instrument* de l'exercice du culte.

Avec un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 juillet 1851, nous allons nous trouver maintenant en face d'une fondation perpétuelle, c'est-à-dire aussi caractérisée qu'on peut le désirer.

Arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1859. — Voici quels étaient les faits de la cause :

Le 23 septembre 1856, l'abbé Rousset décède laissant un testament olographe qui contenait la disposition suivante : « Je donne 5.000 francs aux œuvres pies, moitié pour les vivants et moitié pour les morts, c'est-à-dire pour faire offrir le Saint Sacrifice pour les pauvres âmes et en particulier pour la mienne. Cette somme ayant été prélevée sur mes biens de Caudrot je laisse le reste de ces biens à ma sœur... à la charge par elle de faire dire à perpétuité une messe basse par mois et une messe chantée par an ; j'institue pour mes exécuteurs testamentaires l'abbé Parenteau et, à son défaut..... »

La question ici encore paraissait posée de façon assez claire et cependant le raisonnement était toujours vicieux.

Chose curieuse, aucune difficulté, aucune constes-

tation n'était élevée au sujet de la fondation d'une messe à perpétuité et comme c'étaient, en somme, les mêmes héritiers qui étaient grevés de ces charges cela peut paraître bizarre. Seulement il faut remarquer que le testament laissait le soin de l'exécution de la fondation perpétuelle à ses héritiers mêmes (1), ce qui, par suite de l'absence de sanction déjà constatée, leur donnait toute... latitude pour accomplir cette charge. Pour le legs fait moitié aux vivants et moitié aux morts, au contraire, des exécuteurs testamentaires étaient *spécialement* nommés ; du moins c'est ainsi qu'ils le comprirent, à tort selon nous, et c'est à ce point de vue que l'affaire fut jugée. Il eût été si simple cependant de s'apercevoir que ce testament se ramenait tout à un legs universel avec deux charges principales : donner 5.000 francs aux œuvres, faire prier et faire dire à perpétuité une messe par an ! Et alors la question ne se serait seulement pas posée de savoir si le legs de 5.000 francs était fait ou non à des personnes incertaines, pas plus d'ailleurs que celle de l'autorisation et on aurait pu au moins faire exécuter d'une façon complète les volontés du défunt. Mais on comprend que dans notre matière les parties ne sachant exactement sur quels principes s'appuyer, s'accrochent aux

---

1. C'est ce qu'il semble bien résulter des mots : à charge par eux

moindres détails, à des apparences, comme ici où leur argumentation n'avait pour toute base que la forme de rédaction de la disposition !

C'est, d'ailleurs, dans le sens que nous indiquons que la question fut résolue par le tribunal, la Cour de Bordeaux et la Cour de cassation qui jugèrent qu'il n'y avait pas un legs fait à des personnes incertaines, pas plus qu'une libéralité déguisée en faveur d'un bureau de bienfaisance d'une fabrique, libéralité nécessitant l'autorisation de l'article 910.

Des droits que l'on peut sans doute trouver excessifs furent reconnus à l'exécuteur testamentaire, car il fut jugé que son « mandat » était non pas seulement de faire exécuter la disposition mais de l'exécuter lui-même, en choisissant les œuvres, l'église, les prêtres, etc.

Bien entendu, cela revient comme un *leitmotiv* dans cette jurisprudence, il est unanimement décidé qu'il n'y a là ni legs, ni fondation en faveur de pauvres ou d'une église !

Et que l'on remarque bien que le mot nous importe peu, mais nous trouvons inadmissible qu'un legs de 5.000 francs à une fabrique pour faire dire un nombre de messes correspondant à cette somme, puisse être considéré comme fondation, alors que si cette même somme est donnée par des héritiers pour faire dire le même nombre de messes et sur lesquels la fabrique percevra la même partie du prix, ce

ne sera plus une fondation, une libéralité par conséquent, dit la jurisprudence, mais une simple charge, un acte à titre onéreux !

Arrêt de la Cour de Rennes du 22 août 1861. — Il nous faudra rentrer dans la même colère avec l'espèce soumise à la Cour de Rennes en 1861 ; seulement cette fois nous aurons l'avantage, pour l'apaiser un peu, de trouver en compensation quelques observations très intéressantes pour nous.

Par un testament en date du 30 septembre 1841, le testateur J. E... avait déclaré qu'il entendait qu'au jour de son décès tout ce qu'il posséderait fût vendu et employé à faire prier Dieu pour lui ; il nommait Me X..., notaire, son exécuteur testamentaire.

On le voit, le point particulièrement intéressant de cette affaire c'est qu'il n'y avait pas d'héritier et, par conséquent la question particulièrement grave que l'on pouvait soulever était celle de savoir si un pareil testament était valable.

Elle était même si grave que la Cour de Rennes n'a pas osé nettement la poser, pas plus d'ailleurs que les parties n'avaient dû le faire et elle se contente de juger que puisque « les volontés du testateur sont très nettes » et que, d'autre part, « personne n'a expressément demandé la nullité du testament », il n'y a pas lieu d'annuler une semblable disposition,

d'où on ne peut inférer d'ailleurs ni une fondation, ni une libéralité quelconque » (!)

On s'étonne même que la Cour n'ait pas été davantage gênée de déclarer qu'il y avait « une simple charge d'hérédité » dans une disposition qui réglait le sort de l'hérédité tout entière et on n'est pas très satisfait par ce considérant final qui paraît vouloir cacher par un à-côté, l'ignorance de la question véritable : « Considérant... que le testateur qui n'a pas d'héritier à réserve peut faire mobilière sa succession d'immobilière qu'elle était et charger dans ce but son exécuteur testamentaire de faire vendre les immeubles dépendant de sa succession, pour le prix en être employé à l'exécution de ses volontés. »

Peut-être d'ailleurs nous sommes-nous exagéré la gravité de la question, car dans une note parue sous cet arrêt, elle est considérée, nous ne disons pas tranchée, avec la même sérénité.

« Un testament, nous dit-elle, peut contenir des dispositions de biens de deux espèces : 1° des libéralités ; 2° un emploi déterminé qui répond à un désir du testateur sans que personne soit gratifié ; par exemple le testateur prescrit de faire dire des messes pour le repos de son âme, d'édifier un mausolée, etc... »

Dans le premier cas le disposant doit désigner un légataire certain, capable ; il ne peut en laisser le choix à un tiers. S'il désigne une catégorie de per-

sonnes, les pauvres, une personne morale, un établissement d'utilité publique, il faut que le gouvernement autorise l'acceptation du legs.

Dans le second cas, *il suffit pour la validité que l'emploi de l'argent soit licite et moral.*

Le pouvoir judiciaire apprécie la légalité de la disposition s'il y a constestation ; le pouvoir administratif n'intervient pas. Le testateur nomme, *au besoin* (1), un exécuteur testamentaire, c'est-à-dire un mandataire chargé d'exécuter sa volonté, *mais non un légataire,* un bénéficiaire. Les tiers qui recevront, en définitive, l'argent pour la réalisation de la pensée du défunt, *seront rémunérés pour un service rendu et non pas honorés d'un bienfait.* Ils pourront être librement choisis par l'exécuteur testamentaire et inconnus du disposant.

Tel était le caractère de la disposition dont la validité était constestée dans notre espèce et a été reconnue. Les sommes remises aux prêtres et aux agents auxiliaires qui auront participé aux cérémonies religieuses *constituent des honoraires, une rémunération* et non pas à proprement parler des libéralités. *La propriété des biens passera, non en masse à un être moral, à une église, mais en détail*

---

1. On se demande comment il aurait fait pour s'en passer dans l'espèce qui nous occupe.

à des individus et à l'occasion d'un service accompli.

De semblables dispositions ont déjà été validées plusieurs fois par la justice (1).

Jusqu'à présent les testateurs n'avaient consacré à ces emplois, — *qui ne sont pas des legs,* — qu'une partie de leur patrimoine.

Notre espèce présentait ceci de remarquable que le testateur avait prescrit de convertir en argent *toute sa fortune* mobilière ou immobilière et l'avait absorbée... *entière*, dans cette destination pieuse de faire célébrer des messes pour le repos de son âme.

Mais la quotité de la somme affectée à tel ou tel usage n'influe pas sur la question de droit ; c'est, dans tous les cas, aux magistrats à apprécier si la disposition émane d'un esprit sensé, si elle est conforme aux lois et aux mœurs.

Une *règle certaine*, que la Cour de Rennes rappelle en son arrêt, c'est que, *de semblables dispositions bien que ne constituant pas des legs, ne peuvent porter que sur la quotité disponible et ne doivent pas nuire à la réserve.*

Nous devons ajouter que les biens du défunt appartiennent à l'héritier du sang, sous la charge de l'emploi assigné ; ceux-ci ont donc le droit de demander à l'exécuteur testamentaire compte de l'accomplissement du mandat dont il a été chargé.

---

1. Ici un renvoi à l'arrêt de cassat. de 59 déjà examiné.

Si le testateur avait prescrit l'emploi de son argent en œuvres charitables, la question serait plus délicate ; l'esprit de libéralité, de bienfaisance reparaît.

Cette disposition ressemble à un legs fait aux pauvres et l'article 910 exige dans ce cas l'autorisation... Tout au plus l'intervention du Gouvernement serait-elle inutile s'il s'agissait d'aumônes peu considérables à distribuer à l'occasion des services religieux célébrés pour l'âme du disposant ; la question est, du reste, controversée...

Nous sommes parfaitement d'accord avec le commentateur lorsqu'il déclare, qu'en notre espèce, il n'y a pas de libéralité, qu'il n'y a que la rémunération d'un service rendu ; lorsqu'il ajoute aussi qu'il faut faire ses réserves pour le cas où l'argent est destiné à être employé en œuvres charitables.

Mais nous tenons aussi à nous tenir sur une prudente réserve sur deux points tranchés catégoriquement par la note.

Nous avons souligné le passage où, analysant ce qui se passait au point de vue de la propriété de l'hérédité, la note dit : « qu'elle passe en détail à des individus... », elle oublie de remarquer qu'elle fait un saut avant de passer ainsi « en détail » à des individus et peut-être que ce saut pourrait bien faire tomber la disposition dans le vide !

Qu'on ne dise pas qu'il y a là des héritiers du sang pour régulariser la situation ; ...outre que ces

héritiers du sang n'ont, dans un testament qui ne les touche pas et dispose de tous les biens, qu'une allure fantomale, il faut prévoir le cas où il n'en existerait pas et il resterait toujours à expliquer le « saut ».

D'ailleurs l'auteur de la note lui-même paraît ne pas tenir grand compte de ces héritiers du sang, puisque le seul rôle qu'il leur assigne est la surveillance de l'exécution testamentaire. Voilà un bon billet!

Au moment où nous nous demandons si véritablement un pareil testament peut tenir et si l'exécution testamentaire ne devra pas tomber faute de base, l'hérédité, on nous répond : mais elle existe l'hérédité et elle aura pour rôle de surveiller l'exécuteur testamentaire !

De même, évidemment, nous refuserons de nous incliner devant cette tranquille affirmation que, d'après *une règle certaine*, de semblables dispositions ne peuvent porter atteinte à la réserve.

Cette règle, si tant est qu'elle existe, l'arrêt de la Cour la rappellerait dans de biens mauvais termes, on peut s'en rendre compte car le considérant visé par la note est le dernier que nous avons cité ; et d'autre part, il y a de si fortes raisons de douter ! Nous ne voulons en donner, au point de vue des textes, que la seule raison de la netteté des termes de l'article 913 du Code civil : « *les libéralités* soit par acte entre vifs, soit par testament... » au point de vue ra-

tionnel que celle-ci: que si l'on comprend à la rigueur que le législateur ait pu, dans un but d'intérêt général, limiter la liberté des testateurs, il est très délicat de restreindre encore ces limites au cas où le testateur voudrait faire un acte à titre onéreux dont il est le propre bénéficiaire ; car cela devient alors une vérirable expropriation et qui a un caractère particulièrement odieux puisqu'elle lèse le disposant de la façon la plus grave. C'est ainsi du moins qu'on doit l'entendre car, comme cela a été dit par M. l'avocat général Choppin d'Arnouville dans une espèce que nous examinerons bientôt et en réponse au scepticisme railleur de certains au sujet de ces dispositions, il n'y a pas à *discuter* les opinions et les volontés du disposant, il n'y a qu'à les prendre telles qu'elles sont.

Dans l'espèce, d'ailleurs, personne ne pouvait douter en fait qu'il n'y eut acte à titre onéreux ; nous l'avons vu formellement reconnu dans la note et l'arrêt lui-même, après avoir bien spécifié qu'il n'y avait en notre espèce ni fondation, ni libéralité d'aucune sorte (il est entendu que ce sera toujours le mot de la fin) dit : « Attendu... qu'elle forme plutôt une charge de l'hérédité ; qu'elle n'est que la juste témunération des prières qui seront dites pour le salut de son âme... »

Arrêt de la Cour de Caen du 30 *novembre* 1865. — Avec cette espèce nous nous trouvons encore dans la même situation qu'avec la précédente, avec cette

simple différence que l'usufruit des biens était légué à une tierce personne.

D'ailleurs voici quels étaient les faits de la cause : Par son testament en date du 15 janvier 1863, l'abbé Leclerc, après avoir légué à la fille Coulomb alors à son service, son mobilier, sa maison et l'usufruit de tous ses autres biens immeubles, ajoutait une disposition ainsi conçue : « Après la mort de ladite Rose Coulomb, ces biens immeubles seront vendus et le prix sera donné pour prier le bon Dieu pour nous deux et tous mes bienfaiteurs. » La disposition contenait la nomination d'exécuteurs testamentaires avec mission de réaliser l'emploi indiqué.

Il fut plaidé comme cela l'avait été dans les précédentes affaires, qu'il s'agissait là ou bien d'un legs fait à la fabrique et alors devant tomber comme non pourvu d'autorisation, ou bien d'un legs fait à des prêtres isolés et inconnus et devant tomber alors comme fait à des personnes incertaines.

Par un jugement du Tribunal civil de Mortagne en date du 22 décembre 1864 et dont, malheureusement, personne ne nous a conservé les motifs, il avait été reconnu que c'était bien la fabrique de l'église de Bazoches qui était bénéficiaire de la fondation et si, d'une part, le disposant était prêtre dans cette ville et si, d'autre part, il avait désigné le curé comme exécuteur testamentaire (ce qu'il nous a été impossible de contrôler) *une seule église* existant à Bazoches ;

d'ailleurs, nous estimons que si la thèse du Tribunal de Mortagne n'avait pas la jurisprudence pour elle, peut-être bien qu'elle avait le droit.

Néanmoins et sans s'arrêter à cette particularité qu'aucun héritier n'était institué pour recueillir la propriété des biens et que l'exécuteur testamentaire jouait peut-être un rôle plus important que celui voulu par la loi, la Cour de Caen jugea, comme ses devancières, que la disposition était valable et contenait une simple charge de succession ; comme nous y sommes habitués maintenant l'arrêt oppose cette disposition aux *fondations* ou autres *libéralités* et contient, en outre, quelques considérants que nous tenons à signaler :

« Considérant que le droit absolu déféré au testateur, de disposer de ses biens suivant son désir et sa volonté, ne peut être circonscrit et limité que par une disposition prohibitive de la loi ;

« Considérant que nulle part elle ne défend au testateur, décédé sans laisser d'héritiers à réserve, de prescrire qu'une partie quelconque ou la totalité même de sa succession sera employée à faire dire des prières ;

« Que nul ne peut s'arroger le droit de pénétrer dans la conscience du testateur, pour rechercher les motifs qui lui ont inspiré le désir, *peut-être même imposé le devoir*, de consacrer une partie de sa fortune à un usage de cette nature, dans une étendue et des

limites dont lui seul était et doit rester juge... »

Ce dernier considérant, auquel nous souscrivons pleinement, répond à la prétention injuste et choquante que nous avons vu déjà émettre et qui l'avait été probablement aussi dans cette affaire, de ramener des dispositions de cette nature « à des limites convenables ».

Mais nous ne voyons pas du tout où, comme cela avait été dit aussi, la Cour de cassation prend qu'il existe une loi prohibitive, par conséquent nette et explicite, interdisant de consacrer une partie de sa fortune à faire dire des prières au détriment des héritiers à réserve ; on *suppose* que c'est l'esprit de la loi et nous pensons nous-mêmes que si l'on avait pensé aux dispositions de cette nature au moment de la confection de l'article 913 on aurait spécifié que, quoiqu'à titre onéreux, elles ne devaient pas porter atteinte à la réserve ; mais quand il est évident et que l'on reconnaît d'ailleurs que l'on n'est pas en face d'une libéralité, aller parler de « règle certaine » à propos d'un article du Code qui parle simplement de libéralités, c'est peut-être bien hardi et faire, à notre avis, beaucoup plus de la législation que du droit strict.

Ce qui prouve bien, d'ailleurs, comme la jurisprudence se sent mal à l'aise en cette matière et évite avec soin de rien affirmer catégoriquement c'est ce « proprement dites » dont elle accompagne toujours le mot « libéralités ».

Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 novembre 1877. — Avec cette espèce qui parachève ce qui constitue en notre matière le monument de la jurisprudence nous nous trouvons en face d'une complication de fait qui, paraissant faire croire à une libéralité par personne interposée, devait faire serrer d'un peu plus près l'examen de la nature des dispositions qui nous occupent ; elle n'aboutit pas, d'ailleurs, à donner la solution véritable sur la nature des dispositions pieuses, mais elle est comme le résumé et le couronnement de toute la jurisprudence antérieure et cela nous suffit pour l'instant ; on verra bientôt pourquoi.

La rubrique de cet arrêt est ainsi conçue : « Le legs fait au supérieur d'une communauté non autorisée et, dans le cas de décès, à son successeur, d'une somme d'argent pour faire dire des messes à l'autel de cette communauté, à l'intention du testateur et des membres de sa famille décédée, ne peut être considéré ni comme une libéralité faite par personne interposée à cette communauté, ni comme une libéralité faite à une personne incertaine.

Ce legs est valable comme ne contenant qu'une *rémunération* destinée aux prêtres qui disent les messes.... alors surtout que l'importance du legs représente l'honoraire habituel des messes demandées. »

C'est, on le voit, le résumé très clair de l'opinion

précédente admise par la jurisprudence et l'on nous permettra de citer quelques fragments des conclusions de M. l'avocat général Choppin d'Arnouville, conclusions qui ne sont que le développement, l'explication de l'arrêt de la Cour, arrêt que nous tenons à entourer d'une lumière spéciale puisqu'il est le dernier écho autorisé d'une opinion que nous combattons.

Voici les principaux passages que nous extrayons de ces conclusions :

«... Les héritiers naturels ont soutenu que le legs de 7.000 francs avait été fait, non à l'abbé Boyer personnellement, mais à la communauté incapable, par l'interposition de son supérieur et le tribunal de Joigny a consacré leur prétention en annulant cette libéralité. Aucun fait n'est allégué qui puisse prouver cette interposition, mais on croit en trouver la preuve dans les termes mêmes du testament.

Nous sommes loin de cette appréciation.

Sans aucun doute, les tribunaux doivent veiller scrupuleusement, à ce qu'une disposition ne constitue par une fraude à la loi et ne déguise pas, soit une libéralité faite à des personnes ou à des associations incapables de recevoir, soit de véritables legs faits en faveur des pauvres ou de l'Église...

La loi, toujours sage et protectrice a ainsi *non seulement voulu défendre le patrimoine des familles contre la captation, mais défendre aussi les associa-*

tions qu'elle a autorisées contre les imprudences possibles de leur acceptation.

Mais il faut se garder d'étendre les prohibitions de la loi contre la liberté du testateur ; il faut se garder d'accueillir trop facilement des présomptions qui ne seraient pas décisives, et, dans le doute même, il faudrait encore dire avec les vieux auteurs : *Potius valeant !*

Quelle a été la volonté évidente du testateur ? Elle ressort clairement, non seulement de l'ensemble du testament, mais de la disposition spéciale.

Il a voulu des prières, il a voulu des messes pour lui et pour les âmes qui lui étaient chères. Il avait une admirable foi dans ce pieux secours qui nous suit encore après la vie et il l'a demandé avec insistance.

... *Or quel est le caractère d'un pareil legs ?*

Ne serait-ce qu'un prétexte pour déguiser une libéralité prohibée ? On a pu dire qu'il dépendait du légataire apparent d'accomplir ou d'inexécuter la volonté du testateur....

C'est là un outrage gratuit et mal justifié envers un homme pourvu d'un caractère respectable.

Le Tribunal a pu dire encore : « Que la charge de dire des messes pour le défunt et sa famille est rédigée dans des termes tellement vagues et indéterminés, qu'en définitive l'exécution serait absolument livrée à la volonté du légataire. »

Il n'y a rien de vague ni d'indéterminé dans la disposition qui spécifie qu'il sera dit pour 7.000 fr. de messes. Au surplus si quelque imprécision pouvait être relevée elle disparaîtrait devant la production de la note écrite de la main même du testateur et dans laquelle M. Bertrand fixait à 3330 le nombre des messes qu'il réclamait.

Et, s'il était vrai qu'il pût dépendre du légataire d'obéir ou de se soustraire à cette obligation, il faudrait répéter avec la Cour suprême (espèce de 1865) qu'il y a là *un mandat de confiance et d'honneur.*

Mais, *et c'est là le point essentiel de ce débat, une semblable disposition n'est point une libéralité.*

C'est la rémunération d'un service. Ainsi l'a toujours décidé la jurisprudence, alors qu'on avait essayé de faire annuler *ces sortes de legs* comme faits à personnes incertaines..... C'est une charge de l'hérédité ; c'est la rémunération d'un service, mais ce n'est pas une libéralité. *Et remarquez bien que quoiqu'il s'agisse de personnes incertaines ou incapables, la raison est toujours la même : la nature du legs ne change pas.....* En résumé, la disposition attaquée n'est point une libéralité, ce qui dispense d'examiner s'il y a personne interposée.. »

L'arrêt de la Cour est conforme à ces conclusions et qualifie cette disposition de « legs avec charges » ; il constate qu'il était tout naturel que voulant faire dire des messes à l'hôtel de saint Edme, le testateur

ait adressé le legs représentant ces honoraires de messes à la personne préposée à la garde de cet autel.

Telle est donc ce monument de jurisprudence assez important, comme on a pu en juger, mais reposant sur des bases d'argile parce que l'erreur et la vérité y sont constamment mêlées. Ainsi, après nous avoir donné comme une définition de la fondation de messes, après avoir reconnu la véritable nature et la légalité de semblables dispositions, Choppin d'Arnouville, tout comme l'arrêt rendu sur ses conclusions, tout comme les espèces précédentes paraissent laisser entendre que si l'exécution d'une disposition identique était laissée aux soins d'une fabrique et appelée fondation, elle serait une libéralité! Et comment cependant, dans le cas d'une fondation de messes faite à une fabrique, justifier la nécessité de l'autorisation, si on donne de l'article 910 la raison d'être qu'en donne l'avocat général : empêcher des acceptations imprudentes?

Mais quelque chose de préférable à tout raisonnement va montrer le vice de ce raisonnement ; après un long silence et alors qu'il semblait que le temps en avait montré la solidité, il suffira en 1902, que des espèces analogues se représentent, que la question soit à nouveau posée, et le simple souffle d'une affirmation contraire suffira à faire tomber ce monument si laborieusement élevé.

En effet, il fallait qu'un fait se produisît pour répondre à notre désir d'éprouver la solidité de la thèse que nous combattons ; c'est qu'enfin fût soumise aux tribunaux une disposition en tous points semblable pour le fond, à celle déjà examinée, mais dont l'exécution serait catégoriquement confiée à une fabrique, établissement visé par l'article 910, et qui serait aussi catégoriquement qualifiée de fondation.

L'espèce que nous allons étudier a enfin surgi et nous a donné cette grande satisfaction de provoquer à elle seule la catastrophe que nous avions annoncée puisque des deux décisions auxquelles elle a donné lieu, l'une attribue à l'acte le caractère de libéralité, l'autre celui d'acte à titre onéreux et dans la note qui les signale, l'auteur conclut qu'il se peut bien qu'elle ait les deux !

Arrêt de la Cour de Caen du 3 décembre 1902. — Nous avons dit qu'au point de vue de la question qui nous préoccupe la jurisprudence existante avait cette précieuse qualité d'avoir examiné la question sous tous les aspects sous lesquels elle peut se présenter, allant du simple au complexe par un merveilleux hasard chronologique ; précieuse qualité, disons-nous, parce que non seulement elle donne plus de portée à sa critique, mais, par la force des choses, son système se détruit en quelque sorte automatiquement par les contradictions inévitables qu'il implique dans l'examen d'espèces où la forme varie

mais où le fond est toujours le même ; en sorte que le simple exposé de cette jurisprudence suffit à démolir la doctrine qu'elle contenait et constitue pour notre thèse à nous un travail aussi utile et intéressant que facile.

Que restait-il à faire pour que la jurisprudence soit en quelque sorte acculée à ces contradictions et à l'inéluctable nécessité de montrer elle-même la fragilité de sa propre thèse ? Nous l'avons dit : il restait à lui soumettre une espèce en tous points identique aux précédentes *pour le fond*, mais différant en ceci, ne pouvant changer la nature de l'acte, il faut en convenir *à priori*, que l'exécution de la disposition n'est plus confiée à un particulier mais à une des personnes morales visées par l'article 910 et pour que la question ait été posée sous tous ses aspects, que cette disposition soit par acte entre vifs, espèce que nous n'avions pas encore pu examiner.

Ces desiderata sont comblés par l'espèce que nous allons examiner, ainsi qu'on pourra s'en rendre immédiatement compte par la rubrique qui les annonce.

« ... L'acte entre vifs, par lequel une rente perpétuelle est constituée au profit d'une fabrique, pour faire dire des messes, est un acte à titre onéreux... »

Ceci est au moins l'opinion de la Cour de Caen, car le tribunal de Saint-Lô — et il était bien excusa-

ble si l'on songe à toute la jurisprudence antérieure et à ce fait que la fabrique elle-même s'était pourvue de l'autorisation exigée par l'article 910, — avait décidé qu'il y avait là une libéralité.

Voici quels étaient les faits de la cause :

Par acte passé devant Me Pommier, notaire à Gisors, le 4 décembre 1841, les époux Taillepied avaient créé et constitué *au profit* (ce sont les termes du jugement car d'après nous il faudrait dire : à *leur* profit) de la fabrique de Monfréville, une rente perpétuelle de 200 francs payable le 1er janvier et le 1er juillet de chaque année ; comme prix de cette constitution la fabrique de Monfréville s'engageait à acquitter dans son église le nombre de messes basses correspondant à cette somme et déterminé par le tarif fixé par l'autorité épiscopale ; par décret de M. le Président de la République, en date du 8 avril 1872, le trésorier de la fabrique fut autorisé à accepter cette fondation.

Les choses restèrent en l'état jusqu'au 30 juin 1900, jour où par exploit de Sinel, huissier à Saint-Lô, le sieur Poupinel, en sa qualité de représentant de la fabrique, fit sommation aux hoirs Taillepied de se trouver le 10 juillet 1900 en l'étude de Me Hébert, notaire à Isigny, pour y passer titre nouvel et reconnaissance de ladite rente de 200 francs.

Les hoirs Taillepied n'ayant pas répondu à cette sommation, le sieur Poupinel leur fit à la date du

27 octobre 1900 nouveau commandement de payer la somme de 600 francs représentant trois années échues.

Les époux Taillepied firent alors opposition et assignèrent Poupinel, ès qualités, pour voir mettre à néant le commandement et voir prononcer la résolution du contrat de constitution de rente du 4 décembre 1871.

Cette instance fut momentanément abandonnée puis reprise en 1901.

A l'appui de leurs prétentions, les hoirs Taillepied soutenaient que l'acte était un contrat à titre onéreux, par conséquent susceptible de résolution conformément à l'article 1182 du Code civil. En *fait*, ils indiquaient que l'inexécution était évidente puisque l'église de Monfréville n'avait plus de desservant depuis le 12 juin 1898 et qu'aucune messe n'y était célébrée.

La fabrique soutenait qu'il y avait une libéralité soumise au point de vue de l'exécution de ses charges aux dispositions de l'article 956 du Code civil. En *fait*, elle indiquait que si les messes n'avaient pu être dites en effet, par cas de force majeure, dans l'église de Monfréville abandonnée depuis un certain temps, elles l'avaient été cependant soit par les soins du curé d'Isigny, soit par les soins de l'évêché.

De plus, le président de la fabrique demandait

acte de ce que, depuis le 27 septembre 1901, un desservant avait été à nouveau installé dans l'église de Monfréville et de ce que plus rien, par conséquent, ne s'opposait à l'exécution normale de la disposition.

On le voit, l'affaire si elle n'était pas d'un grand intérêt pratique pour les parties, puisque, — que l'on opte pour l'article 1184 ou pour l'article 956, — elle se ramenait simplement à savoir si la disposition avait été, *en fait*, exécutée, présentait, au point de vue théorique qui nous intéresse, un intérêt des plus grands.

Les tribunaux allaient être, en effet, dans la nécessité de se prononcer sur la *nature* de la fondation.

Ils l'ont fait et très laconiquement, mais ce laconisme même nous est argument comme nous l'avons déjà indiqué au début de l'examen de cette espèce.

Il est d'usage, en effet, — et c'est très rationnel pour ne pas dire obligatoire, — que lorsqu'une décision va à l'encontre d'une doctrine, sinon incontestée du moins solide et sérieusement établie, elle motive longuement sa nouvelle façon de voir.

Par contre lorsqu'elle croit suffisant de poser une simple affirmation pour justifier sa doctrine cela ne peut prouver que deux choses : ou l'extrême fragilité de la sienne ou l'extrême fragilité de celle qu'elle combat. Or, nous allons nous trouver en présence de deux décisions qui, envisageant très nettement la question de la nature de ses disposi-

tions, vont nous répondre toutes deux dans un sens opposé, et cela par une simple affirmation. Qu'on en tire la conclusion ! Pour nous, nous pensons n'être pas très osé en concluant que la doctrine de la jurisprudence n'a absolument aucune solidité et notre autre conclusion, — mais dont nous réservons pour plus tard le développement, — est que très loin de dire, comme pour la disculper, que cette doctrine se justifie en ce sens que ses dispositions peuvent bien avoir deux natures opposées ou être un mélange des deux (libéralité avec charges) ce qui n'est qu'une solution bâtarde et plutôt une apparence de solution, bonne tout au plus à éluder une question gênante, il faut proclamer que le vice radical de la théorie de la jurisprudence a été de toujours juger sur des questions d'apparences, de formes de l'acte, de modes d'exécutions, et de ne jamais se placer devant le fond même des choses, seul point où elle eût pu trouver la vérité.

Aussi, sans autres commentaires et pensant que la vue des ruines de cette jurisprudence que nous avons vu si péniblement s'élever, sera beaucoup plus éloquente que nous-même dans le sens de la thèse que nous soutenons, nous allons en terminer l'examen par les motifs et considérants aussi laconiques que diamétralement opposés du Tribunal de Saint-Lô et de la Cour de Caen.

« Attendu, dit le tribunal de Saint-Lô, que l'acte du 14 décembre 1871, ne saurait être envisagé comme un contrat à titre onéreux ;

Que les actes de cette nature, *qualifiés de fondations*, ont, quelle que soit la forme donnée à l'acte constitutif, le caractère de *libéralités* avec charges imposées à la Fabrique *au profit* de laquelle l'acte a été consenti et *qui en retire toujours un bénéfice* ;

Qu'en effet, aux termes du décret du 30 décembre 1809, il est permis aux évêques de réduire le nombre des services à célébrer, en se conformant aux tarifs régulièrement approuvés, ce qui a eu lieu dans l'espèce...» (1)

La Cour est plus laconique encore et manifeste une sorte de dédain pour cette théorie qu'elle ne se donne pas la peine de combattre par le plus léger considérant et qu'elle contredit par une affirmation inverse contenue dans le considérant suivant, *le seul* qui traite de la nature de notre disposition.

« Attendu que l'acte par lequel les consorts Taillepied ont créé et constitué au profit de la fabrique de

---

1. Nous avons vu dans la partie précédente ce qu'il fallait penser du tarif ; qu'il nous suffise de remarquer ici que, présenté comme il l'es surtout, le motif est un argument pour l'opinion de l'acte à titre onéreux puisque ce n'est évidemment que pour empêcher l'Eglise d'être *lésée* que les évêques ont ce droit de réduction.

Monfréville, une rente perpétuelle de 200 francs pour faire dire des messes, est *un acte à titre onéreux...* »

Nous le répétons, nous croirions mauvais tout commentaire à la fin de l'exposé d'une doctrine qui se termine d'une façon aussi éloquente pour nous.

BIBLIOGRAPHIE

Arrêt de la Cour de Turin du 30 janvier 1808 au Dalloz ; Répertoire, édit. de 1856, t. XVI ; V^is^ Dispositions entre vifs et testament, p. 998 en note sous le n° 3461.

Arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1828 au Dalloz, 29-1-34.

Arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1834 au Dalloz, 34-1-390.

Arrêt de la Cour de Douai du 30 mai 1853 au Sirey, 1853-2-626 ; J. du P., 1855-1-614.

Arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 juin 1856 au Sirey, 1857-2-180 ; J. du P., 1856-2-550.

Arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1859 au Dalloz, 59-1-322, au Sirey, 59-1-653.

Arrêt de la Cour de Rennes du 22 août 1861 au J. du P., 1862-1174 et au Sirey, 62-2-28.

Arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 1865 au Sirey, 1866-2-264 et au J. du P., 1866-1108.

Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 novembre 1877 au Sirey, 1877. 2. 330 ; P., 1877-1295.

Arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1902 au Sirey, 1906-2-25.

DOCTRINE

DOCTRINE

Quand nous avons entrepris l'étude de cette délicate matière, il nous avait paru que si la nature de la fondation elle-même était très discutée, sinon très discutable, du moins nous trouverions dans l'étude du contrat de messe, base de la fondation, des éléments utiles à l'édification d'une théorie sur la fondation.

Le contrat de messe est aussi ancien que l'Église elle-même, il a toujours été très usité et il semble que sa confection ne se compliquant d'aucune question de transmission de biens immobiliers, d'intervention d'un établissement public, sa nature devrait être depuis longtemps précisée.

Il n'en est rien. Après vingt siècles d'usage nous allons constater que cela n'est pas fait.

Nous attribuons ce fait à deux raisons. La première est d'ordre théorique. Il est indéniable qu'il est très délicat de saisir, d'apprécier les éléments qui sont la base du contrat de messe. Le fait auquel s'oblige l'une des parties contractantes, le fidèle, est

excessivement simple; c'est la dation d'une somme d'argent, généralement très modique, somme qui, en vertu de sa modicité même, est donnée le plus souvent d'avance, de la main à la main et ne peut guère susciter des complications ou des difficultés.

Mais quel est exactement ce à quoi s'oblige le prêtre ? Comment évaluer en argent le fait auquel il est astreint ? Comment le contraindre à son exécution sinon directement, au moins par des dommages-intérêts ? Autant de questions qui paraissent insolubles parce qu'elles se rattachent directement à des considérations d'ordre religieux, devant lesquelles le juriste a cru devoir s'arrêter.

A-t-il bien cru devoir s'arrêter et l'a-t-il toujours fait ? Non, et il suffit à cet égard de jeter les yeux sur la jurisprudence pour avoir sa conviction établie. Mais, il a fait une chose et nous donnons ainsi la seconde raison, d'ordre pratique, pour laquelle la question n'a jamais été précisée, que la situation, paraissait comporter, si la raison et les principes n'y trouvaient pas leur compte.

Se retranchant derrière cette considération, qu'en fait, en pratique, le contrat de messe devait susciter peu de difficultés, les intentions des parties étant étrangères à toute idée mercenaire et le sentiment religieux devant les tenir loin de toute contestation; — il a paru, comme par déférence, ne pas vouloir approfondir une aussi délicate situation.

Mais lorsque par les hasards de cette même pratique des contestations se sont élevées, non plus, il est vrai, entre les parties au contrat, mais entre des tiers, héritiers de ces parties, par exemple, il a paru ignorer que la question qui se posait était toujours la même et sans cohésion aucune a donné des moyens pour trancher les difficultés particulières qui surgissaient.

Donc, deux raisons pour ne pas agir : difficulté de la matière d'une part et son peu d'importance pratique, en apparence, d'autre part.

Nous y voyons, nous, autant de raisons pour rechercher la solution du problème, comme autant de raisons de le faire avec circonspection.

Et la première question qui se présente à notre esprit est celle-ci : sommes-nous ici vraiment en face d'un contrat du droit civil ?

Réduit à sa plus simple expression, disséqué à la pointe de l'analyse la plus méticuleuse, notre contrat se ramène à un pacte : *do ut facias*. La dation est facile à saisir et à déterminer, mais le fait ?

Un caractère qui paraît nécessaire à ce fait pour qu'il puisse être l'objet d'un contrat c'est qu'il soit « appréciable en argent » ; peut-on dire que nous avons ici ce caractère ? La seule raison en serait que la détermination est établie par le cocontractant lui-même ; mais elle ne résiste pas à l'examen. Ce qu'une partie donne à l'autre dans un contrat synal-

lagmatique et en échange de la contre-prestation reçue représente non pas la valeur qu'elle attribue, elle, à la prestation reçue en échange, mais bien celle fixée, exigée par l'autre partie.

Ce n'est pas du tout la même chose et il suffit pour s'en convaincre de poser la question de l'évaluation des dommages-intérêts en cas de non-exécution de la part des parties.

Mais alors, quelle est la véritable situation *de fait* et peut-elle donner lieu à un acte juridique ?

La véritable situation est celle d'un contrat synallagmatique dans lequel l'obligation d'une seule des parties serait appréciable en argent et, par conséquent, susceptible de recevoir une sanction.

C'est à cette conclusion anormale qu'en sont arrivés tous ceux qui l'ont examinée.

Ainsi le disent dans leur *Traité de l'administration temporelle des paroisses*, les Archevêques Affre et Darboy, à propos des fondations: « le débiteur de la rente ne peut en refuser le paiement sous prétexte qu'elle n'est pas acquittée; ainsi l'ont décidé deux arrêts de la Cour de cassation, du 14 primaire an VIII et du 13 prairial an IX... »

Ainsi l'ont dit très nettement aussi les tribunaux lorsque la question leur a été posée.

Nous n'en voulons pour preuve, en plus de ce qui est dit dans tous les recueils de jurisprudence au

mot « fondation » (1) et qui n'est que la reproduction des paroles que nous venons de citer, que cette décision rendue à la date du 11 août 1893 par le tribunal de Barcelonnette auquel la question de sanction et de résolution possible avait été nettement posée.

La Fabrique de Fours (Basses-Alpes) avait fait commandement aux hoirs Bellon de payer une somme de... montant d'arrérages échus d'une rente constituée à son profit pour la célébration de services religieux.

Les hoirs Bellon firent opposition à ce commandement en prétendant que la rente n'était due que si la fondation était exécutée et qu'ils ne paieraient que lorsque justification aurait été faite de cette exécution.

C'est donc pour vider cette opposition que le tribunal avait à émettre une décision de principes au point de vue de la *sanction* et de la *preuve* de notre contrat.

Le tribunal déclara mal fondée, l'opposition des hoirs Bellon par un motif caractéristique que la Cour d'Aix adopta purement et simplement :

« Attendu que les conditions imposées dans l'exploit d'offres des hoirs Bellon *ne sauraient être remplies* ;

---

1. Les débiteurs d'une rente au profit d'une ancienne fabrique, ne peuvent en refuser le paiement... sous prétexte que la fondation n'est plus desservie, Dalloz, *Rép.*, nos 602 et suiv.

Qu'il est d'usage, en effet, *de laisser à la conscience du ministre de la religion qui a un devoir pieux à accomplir, le soin de l'accomplir sans en exiger la manifestation écrite.....* (1) »

Il résulte donc de cette décision, et on ne peut guère contester que « l'usage » qu'elle constate soit absolument constant et une conséquence forcée de la nature même des choses, que l'exécution du contrat de messe est laissée à l'entière discrétion, à « la conscience » du ministre du culte, sans contrôle, sans sanction possible.

Singulier contrat synallagmatique, en vérité, que celui où une seule des parties peut être contrainte à l'exécution par « toutes les voies de droit » comme on dit au Palais, et dans lequel on est complètement désarmé vis-à-vis de l'autre !

Et l'on est bien en droit de se demander, semble-t-il, si un pareil contrat qui, par définition, doit être symétrique, où les obligations de chaque partie se soutenant l'une l'autre, devant avoir, par conséquent, au point de vue juridique, le même poids, la même valeur, une égale force, ne va pas s'écrouler faute

---

1. Cette décision n'est pas rapportée dans les recueils de jurisprudence. Nous en devons la communication à l'extrême obligeance de notre confrère et ami, Me A. Jourdan, avocat près la Cour d'Appel d'Aix, qui l'a trouvée dans les archives de Me Louis Jourdan, avoué à la Cour.

de base et devenir un pacte non seulement innommé mais inconnu du droit.

Nous ne pensons pas qu'en faire un acte unilatéral et réduire l'obligation du prêtre à une charge, une condition, soit une bien sérieuse planche de salut.

Ce serait se heurter non seulement à l'opinion commune, à celle de la théologie entre autres, si explicite à cet égard, mais encore à la nature même des choses que de prétendre que nous ne sommes pas ici en face d'un acte *commutatif*.

Nous avons eu l'occasion, en examinant une opinion théologique, communément repoussée par les théologiens d'ailleurs, et d'après laquelle les honoraires de messes seraient une *donation* faite *à la condition* que la messe soit dite, de montrer l'inanité d'une pareille doctrine.

C'est, en effet, se payer de mots que de voir une obligation conditionnelle là où l'analyse la plus méticuleuse ne peut que trouver les éléments d'un contrat commutatif pur et simple, grâce spirituelle d'un côté, honoraires d'un autre et nous pensons qu'on n'a pas le droit, pour couper court aux difficultés indéniables de la matière de donner une solution si peu justifiée et qui ne serait qu'une misérable échappatoire.

Pour nous la véritable question est celle de savoir, décomposant ce contrat synallagmatique et ne considérant que l'obligation du prêtre, si cette obliga-

tion peut être une véritable obligation du droit civil.

C'est celle de savoir si une chose « inappréciable en argent » peut être l'effet d'une obligation; question d'autant plus intéressante en notre matière qu'il est très fréquent d'y voir les intérêts inappréciables en argent se cumuler. On a pu s'en rendre compte par l'examen de la jurisprudence ; bien souvent les prières sont demandées non seulement pour l'auteur de la disposition lui-même mais encore pour des parents ou amis, quelquefois même pour eux seuls, et nous avons alors à l'intérêt de « la grâce spirituelle » demandée, l'intérêt « d'affection » qui vient être la cause concomitante ou unique de l'obligation.

En droit français on s'est presque toujours refusé jusqu'à maintenant à reconnaître l'existence de pareilles obligations.

Pothier (*Œuvres*, t. III, n° 138) dit sous ce titre : « Quels faits peuvent être l'objet des obligations » : « ...Ce qu'on oblige de faire ou de ne pas faire doit être tel que celui envers qui l'obligation est contractée ait *intérêt* à ce que cela soit fait ou ne soit pas fait ; *et cet intérêt doit être un intérêt appréciable.*

Une obligation étant un *lien de droit*, il ne peut y avoir d'obligation lorsque celui qui a promis de faire ou de ne pas faire peut *impunément* ne pas exécuter sa promesse; or, il est évident qu'il peut impunément ne pas l'exécuter lorsque je n'ai aucun *intérêt*

appréciable qu'il fasse ou qu'il ne fasse pas ce qu'il a promis, car il ne peut résulter contre lui aucuns dommages-intérêts de l'inexécution de sa promesse. »

Et Bigot-Préameneu disait de même dans l'exposé des motifs de l'article 1128: « Pour qu'un fait puisse être l'objet d'une obligation, il faut que la personne envers qui l'obligation est contractée, ait, à ce que le fait s'accomplisse, *un intérêt appréciable.* »

A leur suite, les jurisconsultes français ont proclamé à l'envi, l'impossibilité de sanctionner, par conséquent de reconnaître de pareilles obligations (1).

Cette doctrine a même été poussée par la jurisprudence jusqu'à ses plus extrêmes limites et nous avons trouvé dans les *Pandectes Françaises* (vol. 25, n° 2617) une décision résumée de la façon suivante : les tombeaux constituent *des fondations pieuses* et, à ce titre doivent *être placés en dehors des règles ordinaires du droit sur la propriété.* » Doctrine très grave non seulement pour la solution particulière qu'elle donne, mais encore et surtout par les principes qu'elle paraît sous-entendre en matière de « fondations pieuses. »

Il faut remarquer, cependant, que pour la matière qui nous occupe, cette fin de non-recevoir n'a jamais

---

1. V. dans ce sens Laurent, t. XVI, n° 281 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, p. 276 ; Aubry et Rau, 55.344 texte et note 26 et 27 et un arrêt de la Cour de Paris du 27 mars 1873, au S., 74.1.477.

eté opposée lorsque, soit en doctrine, soit en jurisprudence, la question de la « nature des fondations de messes » s'est trouvée plus ou moins directement posée.

Et c'est là peut-être une justification de la tendance qui se manifeste à reconnaître l'existence des obligations qui portent sur un intérêt inappréciable en argent.

Pourquoi en effet, si cet intérêt existe et s'il n'y a qu'une difficulté matérielle à le sanctionner, lui refuser toute valeur juridique? Pourquoi, surtout, la lui refuser en droit civil, lorsque devant l'impérieuse nécessité de la répression et du maintien de l'ordre public, on voit le droit criminel vaincre cette difficulté que le droit civil déclarait insurmontable et condamner à des dommages-intérêts là où on voyait une impossibilité absolue de le faire?

C'est pour ces raisons que sous l'influence allemande s'est manifestée une opinion nouvelle tendant à admettre l'existence de ces obligations (1).

En fait, a-t-on dit, on obtient tous les jours des tribunaux la réparation de préjudices non matériels, et ce, dans les matières les plus diverses ; d'autre part, *en droit* et au point de vue rationnel com-

1. V. dans ce sens Ihering, *Œuvres choisies*, t. II, p. 145 ; Saleilles, *Théorie de l'obligat.*, n° 8 ; Strauss et Dorville, *Revue crit.*, 1895, t. XXIV, p. 446 et suiv. ; Thèse de Paris, 1901 *De l'intérêt moral dans les obligat.*, et Boistel, *Philosophie du Droit*, t. I, p. 462-463.

ment admettre qu'il suffise de passer du terrain contractuel sur le terrain délictuel pour que cette impossibilité de sanctionner que l'on prétendait absolue s'évanouisse. Il faut donc hardiment renverser les principes admis jusqu'ici et dire que c'est avec raison que l'on tient compte d'un *intérêt moral* et que l'on tente de réparer *un préjudice immatériel.*

C'est certainement sous l'influence de ces idées que le Code civil allemand garde un silence significatif au sujet de l'évaluation en argent de l'objet de l'obligation et que l'article 399 du Code civil japonais, revisé en 1896, déclare expressément: « le droit de créance peut avoir pour objet des avantages non susceptibles d'une évaluation en argent (1). »

Pour nous, nous serions bien embarrassés s'il nous fallait, au point de vue qui nous occupe, prendre parti dans la controverse car, d'une part, nous l'avons déjà dit, les fondations de messes ont été déjà maintes fois examinées et discutées sans que pareille fin de non-recevoir ait été opposée et, d'autre part, il nous paraît non pas seulement « matériellement » mais « rationnellement » impossible que l'on puisse parler de « sanction » ou de « préjudice appréciable » et,

---

1. *Adde* dans ce sens cette opinion émise en 1863 par la Cour de Cassation et d'après laquelle le donateur reçoit l'*équivalent* de ce qu'il donne, s'il trouve la compensation de ses sacrifices dans la satisfaction de ses *sentiments de vanité.* C., 14 avril 1863 au Sirey, 63.1.362 et 28 juin 1886, S., 89.1.331.

par conséquent, de « dommages-intérêts » à propos de l'obligation de dire la messe.

Mais, nous l'avons dit, s'il nous a paru très intéressant et même nécessaire de poser la question en examinant la nature de notre contrat, nous ne sommes pas dans l'embarrassante nécessité de la résoudre puisqu'*en fait*, les fondations de messes sont reconnues par notre droit et que la seule idée qui nous est indispensable et qui est universellement reconnue, on peut le dire sans préjuger d'aucune opinion, est que le contrat de messe, nous ne disons pas la fondation, est un *acte à titre onéreux*.

Ainsi à la différence de l'opinion de Pothier, nous prétendons et nous donnons pour preuve de la légitimité de notre prétention, la situation faite et admise en notre matière, qu'il faut distinguer entre la validité de l'obligation et sa sanction et ne pas subordonner l'existence de la première à la possibilité de la seconde.

Notre obligation est *donc du droit civil* et peut être un des éléments d'un contrat synallagmatique.

D'autre part, que ce contrat soit à titre onéreux, cela ne nous paraît pas seulement discutable et démontrer la vérité de cette affirmation ne pourrait conduire qu'à des pétitions de principes, puisque c'est la définition même de notre contrat qui le veut ainsi : payer une messe, donner de l'argent pour avoir en échange la grâce spirituelle procurée par la

célébration d'une messe, si cette grâce peut être vraiment l'objet d'une obligation, ne peut être qu'un contrat à titre onéreux.

Reste une question à élucider avant d'arriver à la « fondation » proprement dite et ce n'est pas la moins embarrassante. Ce contrat se rattache-t-il à une catégorie connue du droit civil, ou faut-il le mettre à la suite des contrats innommés ?

Certes, nous comprenons très bien M. Planiol lorsqu'il s'insurge contre la manie de certains de faire rentrer de force dans une catégorie toute préparée, tel contrat qui n'en peut mais. Encore faut-il savoir si ce contrat a une nature spéciale, la déterminer et le rapprocher d'autres déjà connus, chose déjà très profitable.

En notre matière moins qu'en toute autre précisément parce qu'elle est plus obscure et plus embrouillée, il faut se garder de ces moyens vraiment trop commodes d'échapper aux difficultés et c'est le grave reproche qu'encourent peut-être beaucoup de ceux qui ont traité notre question : ce n'est pas un contrat à titre onéreux, eh bien, ce sera une libéralité avec charges ! ce n'est pas un contrat connu, mandat, louage de services, eh bien, ce sera un contrat innommé !

Nous nous rendons parfaitement compte de toute la témérité qu'il y a à vouloir, — et c'est notre ambition, — aller cependant jusqu'au bout sans laisser de

côté des questions par trop délicates, mais nous espérons sinon y porter la lumière, au moins avoir fait un effort dont on nous saura gré et montré un chemin que d'autres, plus habiles, pourront emprunter pour aboutir à la vérité.

Il reste donc à déterminer la classe, la catégorie de ce contrat si l'on ne veut pas s'en tenir à la notion très imprécise d'un pacte *do ut facias*.

Nous avons déjà formulé nos préférences quand nous avons examiné les opinions émises en théologie sur ce point.

L'opinion la plus satisfaisante, peut-être même la seule possible — puisque dans le sacrifice de la messe il faut écarter l'idée de spéculation de tout élément divin, — est celle d'après laquelle ce qu'on rémunère ce n'est pas la consécration ni la transsubstantiation qui en est la conséquence, pas plus, d'ailleurs, que les grâces spirituelles qu'entraîne cette consécration, mais bien le *fait purement humain*, *le travail du prêtre* et, par conséquent, nous sommes en présence d'une *locatio operarum*.

De plus, si l'on considère que le travail du prêtre n'est pas seulement un travail purement machinal, produisant un seul et unique effet, toujours le même, la consécration, mais qu'il est aussi un acte, une prière dont les effets pourront varier, — comme le dit si bien le cardinal Bona, — suivant la ferveur, la piété, la dignité de celui qui la dira, on trouvera

une analogie frappante avec certaines professions dites « libérales » mais qui se ramènent, en somme, à une *locatio operarum*.

Ce n'est pas, en effet, une pure figure littéraire, mais bien un argument analogique des plus sérieux, que le rapprochement, l'assimilation du rôle de l'avocat chargé de gagner une cause avec celui du prêtre chargé d'obtenir par la ferveur de ses prières une grâce spirituelle ou même un bien temporel. Et on nous comprendra, nous en sommes persuadé, si, en l'absence, d'ailleurs, de toute opinion doctrinale sur la nature du contrat de messe, nous cherchons à la fixer par argument d'analogie.

Mais même en supposant cette analogie absolument probante, toute difficulté ne cesserait pas pour cela ; on pourrait dire qu'elle commence à peine.

Chacun sait que les honoraires des avocats, tout comme ceux des médecins et des chirurgiens, n'ont pas de maximum déterminable. Cela tient à ce qu'on ne peut pas plus déterminer le prix de l'honneur et, en général, des effets d'une décision juridique quelconque que celui de la santé rendue à la suite d'un traitement ou d'une opération. Les avocats ou les médecins eux-mêmes ne pourraient pas dire davantage quel est exactement le prix de tous les efforts de travail, d'intelligence qu'ils ont faits, de toute la peine qu'ils ont prise.

Chacun croit, cependant, — du moins le pensons-

nous, — que lorsqu'une somme, si importante qu'elle soit, est remise à un avocat ou à un médecin à la suite du gain d'un « gros » procès ou d'une cure merveilleuse, le client ou le malade ne sont pas des « donateurs » mais bien des gens qui « acquittent une dette », qu'ils déclarent souvent encore avoir incomplètement acquittée.

C'est, disons-nous, la croyance universelle et on conviendra qu'elle a pour elle les principes de la plus stricte équité.

Que sont devenues ces notions en doctrine ? Oh! la théorie faite à ce sujet est peu satisfaisante et l'on en est à se demander même si l'opinion *négative* formulée, mérite véritablement ce nom.

A propos des théories sur le contrat de louage, rien, pas un mot de tous ces actes qui sont l'aliment des professions libérales. Tout au contraire, des notions qui paraissent interdire absolument l'accès de ce terrain à ces professions.

Les auteurs s'accordent, en effet, pour définir ainsi le louage de travail (1) : « un contrat par lequel une personne s'engage à travailler *pendant un temps* pour une autre, moyennant un prix, *proportionnel au temps*, appelé salaire. »

Et lorsque, sans avertissement, par conséquent

---

1. Définition de Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II. — 3e édition.

sans méfiance, on en arrive à propos du « mandat » à examiner la nature de nos contrats, c'est tout simplement pour les voir jeter par-dessus bord et se voir renvoyer à une autre catégorie, par définition, inacceptable.

Si l'on veut une démonstration péremptoire de ce que nous avançons, il suffit de tourner quelques pages de l'ouvrage de Planiol auquel nous avons emprunté la définition du louage de travail et d'arriver à la partie qui traite du mandat.

En effet, après avoir montré le sens étroit qu'en interprétation de l'article 1984 du Code civil, il convient de donner à la notion du mandat en droit français, en restreignant son objet aux actes juridiques, Planiol conclut : « Il en résulte que les médecins et même les avocats et les notaires, ne sont point les mandataires de leurs clients, ils ne font pour eux, aucun acte juridique, ils n'agissent pas au nom de ceux-ci. Ils exercent leur profession et agissent en leur propre nom, encore que le travail profite à autrui.

Le contrat qu'ils font est un louage de travail ou une entreprise, selon la façon dont est calculée la rétribution au temps ou à forfait. Cependant la jurisprudence s'obstine à voir dans l'avocat un mandataire.

Et Baudry-Lacantinerie qui, tout comme Planiol, enseigne les mêmes principes sur le louage de travail et l'entreprise et se garde bien à leur sujet de

parler de nos professions, s'indigne encore plus fort, après avoir, toujours à propos du mandat, défini de façon également négative et aussi peu satisfaisante, nos contrats, de l'obstination de certains à méconnaître *leur véritable caractère* (1).

« Les avocats, les médecins, les notaires et généralement tous ceux qui vivent d'une profession analogue sont-ils des mandataires?

Nous ne le pensons pas car s'ils agissent pour le compte de leurs clients, ils ne les représentent pas, ils n'accomplissent pas pour eux un acte juridique.

Alors que sont-ils donc ? Tout simplement des *locatores operarum.*

Nous ne voyons pas ce que cette qualification peut avoir de *blessant* pour eux et nous ne comprenons guère les *scrupules* de certains auteurs qui semblent estimer que l'idée d'un louage ne saurait s'allier avec la dignité de semblables professions. »

A vrai dire, ce que l'on ne comprend pas, avec ce que nous savons déjà, ce n'est pas que certains aient des « scrupules », mais plutôt que des auteurs comme Planiol et Baudry n'en aient pas en procédant de la sorte et nous eussions préféré qu'au lieu de se mettre fort en colère pour chasser du mandat ceux qu'ils

---

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 7e édition, t. III, p. 582.

y considèrent comme des intrus, ils prennent la peine de montrer comment « l'idée du louage peut s'allier avec la dignité de semblables professions », au lieu de nous laisser dans le plus cruel embarras.

Nous tenons, en effet, pour parfaitement exacte peut-être même faudrait-il dire pour fondamentale en matière de louage, cette idée que le prix est proportionnel au temps ; d'autre part, il est aussi évident qu'en notre matière le temps employé n'est nullement pris en considération dans la rémunération. Enfin, ce serait, pensons-nous, dénaturer le contrat « d'entreprise » qui n'est qu'un louage à forfait où le temps employé n'est pas du tout banni de l'idée des contractants puisqu'il spéculent précisément sur l'indétermination de sa durée, que de le prétendre analogue à ceux dont nous nous occupons.

Et alors ? Faut-il créer de toutes pièces un louage *sui generis* où la considération du temps n'entrerait pour rien, mais seulement celle des qualités, des talents de l'employé ?

Faut-il s'aventurer en des régions plus obscures encore et, comme certains l'ont fait, se demander si ce n'est pas plutôt une vente qu'un louage qui intervient en notre matière (1) ?

---

1. V. Thèse de la Faculté de Paris. *Distinct. entre la vente et le louage.*

A part le malin plaisir de mettre les théologiens en embarras, nous ne pensons pas que des recherches dans ce dernier sens puissent donner d'autre satisfaction.

Nous conclurons donc simplement qu'il serait peut-être possible, en partant de l'idée de louage et en voyant ce qui se passe pour certains employés, certains ouvriers d'art travaillant « à la pièce », d'en arriver à cette conception que l'idée du louage n'implique pas forcément une rémunération proportionnelle au temps et qu'un contrat de louage peut avoir comme unique base d'appréciation, le talent à dépenser, l'effort à faire pour en arriver à un but donné.

Nous conclurons surtout qu'il est étrange, dans une question où les éléments du problème sont si imprécis, si discutables, où, à défaut de tout autre moyen, il nous a fallu recourir à un raisonnement analogue de retrouver par suite de cette analogie la même imprécision, les mêmes difficultés.

Et on comprendra sans peine l'assurance, qu'à défaut de toute autre satisfaction, nous donne cette constatation au moment où l'ordre logique de notre travail nous conduit après avoir étudié le contrat de messe, base de la fondation, à continuer nos critiques en entreprenant l'examen de la nature de la fondation elle-même.

A raisonner simplement, sans s'embarrasser des principes théoriques qui s'imposent plus ou moins en

notre matière, il semble que la question ne peut pas se poser.

Si le contrat de messe, quelle que soit d'ailleurs la catégorie dans laquelle il faille exactement le placer, est un contrat à titre onéreux, comment supposer que la fondation en assurant à ce contrat une exécution répétée, perpétuelle même, puisse en changer la nature ?

Il faudra, évidemment, pour assurer le service de la fondation, — surtout si elle est perpétuelle, — donner ou disposer par acte testamentaire d'un capital parfois très important, il faudra trouver une personne physique ou morale à même de faire exécuter cette fondation, mais qu'est-ce cela, sinon des moyens d'atteindre une fin toujours la même, d'assurer à un acte une exécution qui, pour être perpétuelle, ne peut évidemment en changer la nature ?

Cependant, — et on doit n'en pas douter après l'examen de la jurisprudence, — la question est très discutée. Que disons-nous ? elle ne l'est même pas puisqu'on s'accorde presque universellement en doctrine à reconnaître à la fondation le caractère d'une disposition à titre gratuit.

Quand nous disons qu'il n'y a une « doctrine » en notre matière l'expression dépasse peut-être notre pensée car tout comme la question de la nature des actes des avocats, médecins et autres, la nôtre a été surtout traitée par prétérition.

Aussi serait-il presque déloyal de combattre sans autres formes la doctrine sur un terrain qu'elle ne connaît si peu. Il y a, en effet, une doctrine sur ce que nous appellerons la fondation proprement dite, — l'acte généralement connu sous ce nom et qui constitue manifestement une libéralité, — mais il n'y a que des esquisses sur la fondation de messes et c'est à peine si quelques auteurs, — il y en a deux principaux à notre connaissance, — ont dû s'apercevoir qu'elle existait et pouvait donner lieu à de sérieuses difficultés.

Nous n'avons que l'embarras du choix pour établir qu'en effet, en traitant des fondations, les auteurs paraissent n'avoir même pas songé à la fondation de messes.

Il suffit d'ouvrir n'importe quel ouvrage de doctrine à ce mot, pour s'en convaincre aisément; ou bien, les auteurs qui ont traité la question, donnant en cela un fâcheux exemple que la jurisprudence a suivi, ont considéré comme indiscutable ce principe que toute fondation est une libéralité, et l'ont appliqué en notre matière quand cela leur a paru possible ou encore quand les caractéristiques de l'acte à titre onéreux ont été trop saillantes pour qu'on puisse songer à les dissimuler, ils ont simplement déclaré qu'il n'y avait plus alors de fondation.

---

1. Laurent et Planiol.

Laurent, dans son *Traité de droit civil* (1) au titre des Donations et Testaments et à propos de la capacité de recevoir — c'est en effet la place où dans tous les ouvrages de doctrine nous verrons traiter notre question, nous tenons à le souligner, — expose le problème dans un esprit qui ne paraît certes pas favorable à l'Église, et précisément à cause de quoi nous lui donnerions sur tout autre, notre préférence.

Quelles *libéralités* les fabriques peuvent-elles recevoir ? C'est une question des plus difficiles de cette difficile matière... Il y a un de ces objets (des libéralités) qui est formulé d'une manière assez vague : les fonds affectés à l'exercice du culte.

Faut-il comprendre dans cette expression les legs

---

1. T. XI, nos 238 et suiv. — Nous ne pouvons nous empêcher de citer ici, — car dans la situation actuelle, la citation ne sera pas dépourvue d'intérêt — les quelques idées générales émises à ce propos par Laurent sur les rapports de l'Église et de l'État : « Si l'on avait appliqué rigoureusement le principe de la Séparation de l'Église et de l'État (cela est dit en 1878, qu'on ne l'oublie pas et au sujet de la Belgique) le temporel du culte aussi bien que le spirituel auraient dû être abandonnés à chaque confession et, par suite, il n'y aurait plus de fabriques mais aussi aucun établissement ecclésiastique n'aurait joui de la personnification civile. Mais le nouveau principe n'a pas été admis avec toutes ses conséquences.... de sorte que nous n'avons plus de Concordat et nous sommes encore régis à bien des égards par les lois organiques du Concordat. Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette anomalie. Nous devons l'accepter puisque les lois françaises n'ont pas été abrogées. »

faits pour célébration de messes, soit à perpétuité, soit temporairement ?

La question a été portée bien des fois devant les tribunaux et elle n'y a pas toujours reçu la même solution.

Un testateur dit que la valeur de tous ses biens doit être employée à faire dire des messes ; il ne nomme pas la fabrique et charge l'exécuteur testamentaire de remplir ses dernières volontés. Ce legs appartient-il à la fabrique ?

La Cour de Pau a jugé que l'exécution des legs était subordonnée à l'intervention de l'évêque et que l'autorisation du gouvernement n'était pas nécessaire. Cette singulière décision a été cassée. La Cour de cassation décide que le legs ne peut être exigé qu'avec l'autorisation préalable du gouvernement, appelé à veiller à ce que ces sortes de libéralités n'excèdent pas *les bornes légitimes*. Il n'est pas fait mention de la fabrique dans l'arrêt ; c'est donc l'exécuteur testateur testamentaire qui devait demander l'autorisation du gouvernement. *L'arrêt qui casse est presque aussi étrange que l'arrêt cassé*. C'est quand il y a un établissement d'utilité publique en cause que le Code civil exige une autorisation, dans l'intérêt de la société et des familles.

Si l'on admet, — et en cela la Cour de cassation, a raison, — que les familles et les sociétés sont intéressées à ce que les legs pieux ne soient pas exécutés sans

autorisation, *la conséquence logique est que la fabrique doit intervenir* (!) car il s'agit de régler l'emploi de fonds affectés au service du culte ; or, dès qu'un legs intéresse un service public, c'est l'établissement chargé de ce service qui doit le recueillir. Tel est le principe établi par l'article 910.

Un arrêt récent de la Cour de Bruxelles (22 mai 1871) a décidé la question en ce sens. Le testament portait : je laisse les deux maisons qui m'appartiennent pour faire dire tous les jours trois messes perpétuelles, une messe pour mon âme, une messe pour mon mari et une messe pour un pauvre qui meurt dans la paroisse des saints Michel et Gudule.

Un arrêté royal autorisa la fabrique des saints Michel et Gudule à accepter le legs des maisons dont le loyer devait être employé à faire célébrer perpétuellement les trois messes. Les héritiers légitimes soutinrent que la fabrique n'était pas instituée ; ils en concluaient que l'exécution des volontés de la défunte leur appartenait.

Il a été jugé que le caractère de perpétuité attaché par la testatrice aux services religieux qu'elle fondait prouvait qu'elle entendait confier l'exécution de ses volontés, non à ses parents mais au conseil de fabrique.

Cette décision soulève une nouvelle difficulté. La cour se fonde sur la perpétuité de la fondation, et le motif est péremptoire, en ce sens que l'on ne conçoit

pas que des parents soient chargés à perpétuité de veiller à ce que des messes soient célébrées. En faut-il conclure que, s'il n'y a point de fondation perpétuelle, la fabrique ne doit pas intervenir? *L'article* 910 *n'exige pas la perpétuité*; il prévoit même un cas dans lequel, très souvent, le legs reçoit immédiatement son exécution : le legs pour les pauvres,.... pourquoi en serait-il autrement des legs pieux ayant pour objet des services religieux?

Il faut donc laisser de côté la question de perpétuité et décider que la fabrique doit toujours intervenir ou que son intervention est inutile à moins qu'elle ne soit légataire.

Nous allons entendre les raisons que l'on donne *pour écarter les fabriques* : c'est vers cette opinion que tend la jurisprudence française.

Dans une espèce jugée par la Cour de Douai le testateur avait ordonné que cent messes seraient chantées annuellement pendant quatre-vingts ans après sa mort.

Il n'instituait pas la fabrique et chargeait un exécuteur testamentaire de remplir ses dernières volontés. Les fabriques intéressées demandèrent la délivrance du legs : elles furent déclarées non recevables. On lit dans le jugement dont la Cour adopta les motifs que le testateur n'instituait pas la fabrique ni directement, ni indirectement.

En vain dit-on qu'il y avait une fondation; il n'y

a pas de fondation sans donation, répondait-on, et où est dans l'espèce la libéralité?

Le motif est loin d'être péremptoire; *il est en opposition avec l'essence même des fondations.*

Si le testateur avait légué ses biens à la fabrique pour l'exonération des services religieux qu'il prescrivait, la Cour aurait certainement maintenu le legs; cependant, *il est certain qu'aucune libéralité n'aurait été faite à la fabrique* si, comme on le suppose, les biens légués étaient la rétribution exacte des services. En réalité les établissements gratifiés ne sont jamais *les vrais donataires* : ils reçoivent avec charge de remplir un service. On pourrait dire de la fabrique ce que la Cour de Douai dit du bureau de bienfaisance : S'il reçoit 10.000 francs qu'il est chargé de distribuer aux pauvres où est la libéralité? Les vrais gratifiés ce sont les pauvres.

Ici nous rencontrons une nouvelle objection dans un arrêt de la Cour de Bordeaux.

La testatrice avait affecté 3.000 francs à faire dire des messes à son intention et à celle de ses parents dans l'église de sa paroisse. Cette espèce offrait une difficulté de moins : la fondation n'était pas perpétuelle. La Cour décida que la fabrique, n'étant pas instituée, n'avait aucune qualité pour réclamer le legs. *Il n'y a point de legs sans libéralité sans une personne gratifiée*; or, qui est le gratifié quand une messe est célébrée? Est-ce le ministre du culte? Il

remplit un service pour lequel il est salarié. *Le testateur n'a en vue qu'une chose : son intérêt spirituel et celui de ses parents.*

C'est dire que le vrai légataire c'est le testateur ou son âme, ce qui revient au même.

Voilà une étrange conception ! Le testateur fait un legs à son âme ! Cela ne prouverait-il pas que nous sommes dans le domaine des *fictions*, des illusions religieuses ?

L'âme du testateur reste ce que le testateur en a fait, en dépit des milliers de messes qu'on dit après sa mort.

Le prêtre reçoit les deniers, c'est le profit le plus clair.

Nous nous trompons ; l'autorité de l'Église et son influence sur les esprits ne seraient-elles pas la raison principale pour laquelle le clergé a toujours tant favorisé les legs « dits » pieux ?

C'est donc bien dans l'intérêt de l'Église que se font ces legs ; or l'organe légal de cet intérêt en tant qu'il est temporel, c'est la fabrique ; donc c'est à la fabrique à gérer toute espèce de legs ayant pour objet des services religieux.

La jurisprudence du Conseil d'État a également ses incertitudes et ses inconséquences.

Quand la fondation est permanente, c'est-à-dire quand les services religieux doivent être acquittés annuellement, soit à perpétuité soit un nombre

d'années plus ou moins grand, *il n'y a pas de doute, la fabrique doit intervenir* ; *il y a un service public en cause*, celui du culte; la société et les familles sont intéressés à ce que l'autorisation soit exigée pour la validité du legs. Il y a plus; c'est le seul moyen d'en assurer l'exécution. Si la fondation est perpétuelle ou de cent ans, comment les héritiers ou l'exécuteur testamentaire en surveilleront-ils l'accomplissement? Un legs pareil exige l'intervention d'une autorité permanente.

Mais quand il s'agit de services religieux qui doivent être célébrés immédiatement après le décès du testateur, on considère le legs comme une charge qui incombe soit à l'héritier, soit à l'exécuteur testamentaire.

La distinction est peu juridique (?); et, dans l'application, elle aboutit à une incertitude complète. En effet, on ajoute cette restriction que si un testateur disposait en termes généraux de tout son mobilier, ou d'une quantité de ses biens, le legs devrait être autorisé. *On demanderait vainement la raison de cette distinction; il n'y en a point...* On finit par décider que c'est à l'administration à apprécier la question dans les différentes espèces ; *c'est dire qu'il n'y a aucun règle, aucune principe.*

Les règles que le département de la justice suit en Belgique, sont plus logiques et plus conformes *aux principes* (?).

Quant aux fondations proprement dites ayant un caractère de perpétuité et de permanence, on exige l'intervention de la fabrique; les trésoriers de la fabrique, dit un arrêté royal, ont seuls qualité pour percevoir les revenus des biens légués et il appartient exclusivement au bureau des marguilliers de payer aux curés, vicaires et autres assistants, selon les règlements du diocèse, — les messes, obits et services auxquels les fondations donnent lieu. L'arrêté ajoute : *de manière à ce que l'excédant des revenus profite aux fabriques.* Cette dernière clause prouve qu'il n'est pas exact de dire, comme le font les cours de France... que les fabriques n'ont aucun intérêt à accepter les legs pour services religieux ; *elles profitent indirectement de la libéralité* et, dès qu'il s'agit de service religieux, la fabrique seule est compétente pour recevoir la libéralité...

Une conséquence évidente découle de ces principes ; si, une libéralité faite à un établissement de bienfaisance ou à tout autre, est grevée d'une charge pieuse ou d'une fondation de services religieux, la fabrique et l'église intéressée doit intervenir *pour accepter cette charge.*

La circulaire du 5 avril 1850 du ministre de la justice, formule nettement le principe en s'appuyant sur les dispositions du décret de 1809. Elle répond aux mauvaises raisons que la jurisprudence française,

administrative et judiciaire, invoque contre les fabriques. Ce sont, en réalité, — dit très bien le ministre, *les services* (?) qui sont donataires ou légataires ; — les établissements ou administrations ne sont que des *intermédiaires* pour faire parvenir la *libéralité* à sa véritable destination... »

... Que l'on n'objecte donc pas aux fabriques le défaut d'intérêt ; elles sont intéressées en ce sens que le service est assuré par leur intervention ; *elles sont instituées précisément pour satisfaire ce service* ; elles ont donc toujours intérêt et droit à intervenir.

... Un testateur lègue à une fabrique un capital dont le produit doit servir à payer les frais d'une messe anniversaire dans l'église paroissiale et de soixante messes basses dans une chapelle non reconnue. Il a été décidé que les chapelles qui n'ont point d'existence légale ne peuvent recevoir de dotation ; en conséquence, *la charge* est attribuée à l'église paroissiale.

Quand les chapelles ont-elles une existence légale (1) ? La question est assez singulière sous l'empire d'une constitution qui défend à l'État d'intervenir dans la nomination des ministres du culte. En réalité, il intervient dans l'établissement des évêchés, des cures et des succursales parce qu'il est

---

1. Il est à remarquer que ceci est dit pour la Belgique.

obligé de payer le traitement des titulaires. Voilà donc l'État qui est juge des besoins religieux !...

Par la même raison on ne peut imposer à la fabrique la charge d'entretenir une chapelle privée appartenant au testateur ; c'est à l'héritier propriétaire d'entretenir sa chose ; la charge, en ce qui concerne la fabrique, est contraire aux lois, donc réputée non écrite, aux termes de l'article 900. »

Nous avons tenu à donner presque *in extenso* cet exposé un peu long, de l'éminent jurisconsulte parce qu'au point où nous sommes de notre travail, il nous paraît du plus haut intérêt.

Nous disions à propos de la jurisprudence qu'elle démolissait elle-même sa propre opinion d'une façon en quelque sorte automatique par les contradictions aussi flagrantes qu'inévitables auxquelles elle aboutissait ; la même réflexion s'impose ici à l'esprit en lisant cet exposé où les idées justes et les fausses se mêlent en un inextricable fouillis.

Si bien, qu'on serait presque tenté de n'y ajouter aucun commentaire puisqu'en somme, en jurisprudence comme ici, la seule chose qui ressorte clairement des idées émises, — et c'est peut-être déjà un résultat que de l'avoir montré, car la fragilité pour un principe est synonyme de fausseté, — est qu'on n'est jamais arrivé à rien bâtir de satisfaisant et de solide avec elles.

La façon même dont Laurent pose la question

dans la matière qui nous intéresse est déjà des plus surprenantes.

Faut-il ou ne faut-il pas que les fabriques interviennent dans nos dispositions ? Mais une pareille question peut-elle vraiment se poser en matière de dons et de legs et la seule chose à faire n'est-elle pas d'interpréter dans le sens probable de la volonté de son auteur, cette disposition ?

Si l'intention de son auteur a bien été de confier l'exécution de la disposition à la fabrique, c'est parfait, si l'on estime que sans cela cette disposition est nulle, sinon elle sera nulle et voilà tout.

Mais comment prétendre que lorsque le disposant n'a manifestement pas pensé en quoi que ce soit à aucune fabrique, c'est cependant à une fabrique que sa disposition doit aller ? Comment s'insurger surtout, — et cette colère prête vraiment à sourire, — contre le fait de tribunaux qui, dans un pareil cas, ont *écarté la fabrique*, comme dit Laurent? Mais ils ne l'ont pas *écartée* puisqu'elle n'était manifestement pas visée par la disposition, question de fait pour laquelle on peut s'en remettre à l'appréciation des juges, et il eût été aussi antijuridique et aussi arbitraire de la désigner comme la légataire alors qu'elle ne l'était pas, qu'il eût été antijuridique et arbitraire de ne pas la reconnaître comme légataire si elle l'avait été !

Non seulement la question est ainsi très mal

posée mais, de plus, elle repose sur une erreur capitale.

L'éminent auteur dit, en effet, pour justifier sa théorie sur les fondations de messes et sur la nécessité de l'intervention des fabriques : il y a un *service public* en cause, celui du culte ; la fabrique doit intervenir.

Mais en quoi, nous le demandons, une fondation de messes vient-elle forcément mettre en mouvement un service public ?

Il n'y a absolument rien de public dans le fait de faire dire des messes pour le repos de son âme et le prêtre que l'on a chargé de les dire, peut parfaitement les dire chez lui, toutes portes fermées ; ce prêtre peut être de ceux comme il en existe tant qu'aucun lien n'attache à une paroisse, à une fabrique, qui vivent chez eux, absolument indépendants et que rien n'empêche cependant d'exécuter une fondation comme tout prêtre qui peut dire des messes.

Il est permis, évidemment, d'ignorer ou même de combattre, si on la croit néfaste, la Religion, mais sur le domaine du droit et lorsqu'il s'agit de solutionner une question l'ignorance, — nous ne parlons pas du parti pris, bien entendu, — n'est plus permise ; une seule chose est permise : *voir les choses comme elles sont* et dire, — abstraction faite de toute autre considération, — quels principes mettent en jeu, quelles conséquences fait découler, l'acte impartialement examiné.

Laurent n'échappe certainement pas au reproche d'avoir traité avec trop de dédain certains côtés de notre matière, non seulement lorsqu'il prétend que la fondation de messes entraîne l'exécution d'un service public, mais aussi, lorsque, se rappelant certainement l'espèce de la Cour de Turin, il se demande d'un ton quelque peu moqueur et par là malséant, s'il est possible qu'on fasse un legs à son âme.

Et les réflexions qu'il fait ensuite paraissent bonnes tout au plus à une argumentation de période électorale, mais sont certainement indignes d'un jurisconsulte tel que lui.

« Cela ne prouverait-il pas que nous sommes dans le domaine des *fictions*, des *illusions religieuses. L'âme du testateur reste ce que le testateur en a fait, en dépit des milliers de messes que l'on dit après sa mort. Le prêtre reçoit les deniers, c'est le profit le plus clair.* »

Voilà un passage qui dépare fâcheusement l'œuvre du maître et nous eussions préféré, pour l'autorité même de son enseignement, ne pas l'y rencontrer.

Pourquoi se moquer ou même s'étonner ?

De deux choses, l'une, en effet. Ou le droit considère comme de son domaine les actes que nous étudions, et il ne reste plus alors qu'à les examiner aussi sincèrement et aussi scrupuleusement que possible, ou il les répudie comme touchant à des choses pour lui inaccessibles.

Mais puisqu'il s'en occupe et les réglemente et Laurent lui-même en est la preuve, on ne peut les traiter d'absurdes et assurer, non sans un certain cynisme, qu'il faut simplement les réglementer dans un but d'intérêt public ; c'est peut-être là de la politique, ce n'est assurément pas du droit.

La seule chose qui doit frapper le jurisconsulte, c'est qu'en effet à cause de ce que Laurent appelle « l'influence de l'Église » nos actes sont excessivement importants et méritent d'autant une minutieuse attention.

C'est peut-être une « étrange conception » qu'un legs fait à son âme ; c'est, en tout cas, une façon originale mais exacte, — nous l'avons déjà remarqué à propos de l'espèce de la Cour de Turin, — de formuler des intentions qu'on n'a pas le droit de méconnaître.

Toute l'idée du contrat de messe est là et, par conséquent, toute l'idée de la fondation : procurer un bien spirituel à son âme et si on se refuse à accepter une pareille idée, mieux vaudrait ne plus rien dire sur ce sujet.

Aussi à quel piteux résultat arrivons-nous avec l'opinion du jurisconsulte. La fondation de messes est une *libéralité* ; Laurent comme beaucoup d'autres, d'ailleurs, a paru même ne pas soupçonner qu'il en puisse être autrement. Il est même très explicite à cet égard, lorsque, rappelant des décisions

de jurisprudence que nous connaissons, — et nous sommes pleinement de son avis à cet égard, — il dit que ce n'est pas en les affublant du mot « charges » qu'on peut empêcher que des dispositions qui en réunissent tous les éléments soient de véritables fondations.

Mais alors, — pour lui comme pour beaucoup d'autres et, notamment, pour la jurisprudence même dont il combat les solutions, — « fondation » est *synonyme* de « libéralité » ; comment le justifie-t-il ?

Évidemment qui dit « libéralité » dit « bénéficiaire » ; malheureusement pour eux, les partisans de cette opinion ne peuvent pas se mettre d'accord sur ce « bénéficiaire » quelque peu problématique et qui, pis est, parfois, ils en arrivent à se contredire eux-mêmes dans leur discussion. C'est le cas de Laurent.

Non seulement il résulte de l'intitulé même qu'il donne à la matière « Capacité de recevoir des fabriques » et des idées générales émises à ce sujet, — qu'il considère bien la fabrique comme bénéficiaire — mais il précise cette opinion lorsqu'il commente les règles suivies par le département de la justice en Belgique. Après avoir souligné ces mots d'un arrêté royal : « de manière à ce que l'excédent des revenus profite aux fabriques » il ajoute : « cette dernière clause prouve qu'il n'est pas exact de dire, comme le font les Cours de France, que les fabriques n'ont

aucun intérêt à accepter les legs pour services religieux ; *elles profitent indirectement de la libéralité.*

Puis à un autre moment, critiquant la jurisprudence sur les fondations de messes, il dit : « il est certain *qu'aucune libéralité n'aurait été faite à la fabrique*, si, comme on le suppose, les biens légués étaient la rétribution exacte des services (c'est la définition même de la fondation de messes).

En réalité les établissements gratifiés ne sont jamais les vrais donataires ; ils reçoivent avec charge de remplir un service. « Et enfin, plus loin, accompagnée de développements sur lesquels nous ne voulons pas revenir, cette affirmation : « le prêtre reçoit les deniers, c'est le profit le plus clair. »

Il ferait un véritable tour de force, celui qui pourrait tirer une conclusion logique de pareilles idées ; pour nous, nous nous en déclarons totalement incapable.

La seule chose que nous puissions faire c'est d'établir que, à part leur contradiction, elles contiennent deux affirmations bien étranges de la part d'un jurisconsulte éclairé.

D'abord celle-ci, que du moment qu'une part de la rétribution peut revenir aux fabriques, cela constituera pour elles un bénéfice, et, par conséquent, une libéralité.

Mais qu'est-ce donc une fabrique et quel rôle joue-t-elle dans une paroisse, si ce n'est de concourir à

l'exercice du culte, de permettre l'entretien du temple, des ornements, de payer les enfants de chœur, les chantres, et si on l'indemnise de ces frais, on lui fera une libéralité !

Mais à ce compte-là, tous les actes de la vie ordinaire sont des libéralités et les commerçants ne devront plus s'appeler des commerçants mais bien des donataires ; car nous ne croyons pas qu'on puisse prétendre qu'ils font moins de *bénéfices* qu'une fabrique peut en faire à l'occasion du service d'une fondation.

Enfin, cette seconde, que c'est le prêtre « qui fait le profit le plus clair ». A vrai dire cela paraît être plutôt une boutade qu'une opinion sérieusement formulée.

Cependant cela en est peut-être une, cela devrait en être une, en tout cas, puisque si les fabriques ne sont « jamais les vrais donataires » ce vrai donataire reste encore à trouver ; et nous en arriverions alors à cette opinion, assez paradoxale, pour ne pas dire plus, que la fabrique contracte à titre onéreux, puisqu'elle reçoit, comme dit très justement Laurent, « à charge de remplir un service », mais que ceux qui exécutent ce service, qui en sont les agents directs, reçoivent à titre gratuit !

Quand nous aurons dit que d'éminents jurisconsultes comme Tissier le seul qui, après Laurent, ait directement et complètement traité notre question,

posent en principe que la fabrique seule peut être *la vraie donataire* et que les prêtres chargés de la célébration des messes, ne sont bien évidemment que des « salariés », nous pensons qu'on sera édifié sur l'état de la question dans notre droit ; contradiction entre la doctrine et la jurisprudence, contradictions des décisions de jurisprudence et des doctrines des auteurs, enfin contradictions dans une même opinion : tel est le bilan.

Mais le plus étrange peut-être dans cette matière dont nous ne comptons, plus d'ailleurs, les étrangetés, c'est que, tandis que certains la traitent en s'exclamant sur ses extraordinaires difficultés et nous donnent à la suite d'une discussion laborieuse les solutions que l'on sait, d'autres, — et ce sont malheureusement les plus nombreux, — l'effleurent à peine et paraissent ne pas croire qu'elle puisse permettre la plus légère difficulté.

De ce nombre est Demolombe qui (t. XVIII, n. 592 *bis* et suiv.), croit avoir tout dit, lorsque, après avoir posé ce principe que les établissements autorisés sont capables de recevoir à titre gratuit, remarque que, toutefois, « pour de puissantes considérations d'intérêt public et d'intérêt privé » il fallait que ces dispositions soient soumises à la haute surveillance de l'État, c'est le commentaire banal de l'article 910.

Rien à dire sur une semblable opinion si ce n'est toutefois que son auteur a commis ou une erreur

positive s'il a pensé aux fondations de messes et jugé, comme tous les autres que, puisque c'étaient des fondations c'étaient des libéralités ou une omission très grave s'il ne s'est pas seulement posé la question.

Le traité de Zachariæ (Massé et Vergé) s'il ne la traite pas très à fond (t. III, p. 36 et suiv.) échappe au moins au reproche d'avoir négligé la question ; en tous cas, la solution qu'il donne et le raisonnement dont il l'appuie ne sont ni plus satisfaisants ni plus logiques que la solution et le raisonnement de Laurent ;

« La validité des dons et legs faits aux établissements publics,... et, dit-il, toujours subordonnée à l'autorisation du gouvernement.

L'application de cette règle ne présente pas de difficultés quand les dons et legs sont faits directement à l'établissement ou à la corporation qui doit en profiter.

Mais des difficultés peuvent se présenter, quand les dons et legs sont faits, soit par un intermédiaire, soit par une personne interposée.

On trouve des exemples de dons ou legs faits par des intermédiaires dans le cas où un testateur charge un légataire ou exécuteur testamentaire d'employer certaines sommes en secours aux pauvres ou *à faire dire des messes pour le repos de son âme.*

Dans ce cas,... pour savoir si l'autorisation du gouvernement est nécessaire, il faut rechercher si

le legs doit profiter à un établissement ou à une corporation où s'il doit profiter simplement à certains individus considérés *ut singuli* : l'autorisation nécessaire dans le premier cas ne l'est pas dans le second.

Il suit de là que les legs faits à un ou plusieurs intermédiaires pour être distribués aux pauvres,... sont sujets à l'autorisation....

Au contraire, *s'il s'agit de messes* qu'un légataire ou exécuteur testamentaire est chargé de faire dire, *pour l'âme du défunt, ces messes, ne constituant pas un legs au profit du prêtre qui est chargé de les dire ou de la fabrique de l'église à laquelle il appartient,* l'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire.

Mais il en serait autrement de la disposition testamentaire ordonnant que tous les biens du défunt soient vendus, pour le prix en être employé à faire dire des messes, avec nomination d'un exécuteur testamentaire : *cette libéralité devant être réputée faite au profit de l'Église ou de la Fabrique,* ne peut être acceptée sans l'autorisation préalable du gouvernement ! »

Peut-on trouver théorie plus illogique et plus extraordinaire ! Elle part de ce premier principe : si le legs est fait à un établissement ou à une corporation il devra être soumis à l'autorisation ; s'il est fait à des personnes déterminées considérées *ut singuli*, la demande d'autorisation ne sera pas

nécessaire. Qui a jamais dit le contraire? et les termes de l'article 910 le permettraient-ils? Il n'est vraiment pas la peine d'ouvrir un ouvrage de doctrine pour y lire de pareilles vérités. Cela cependant serait pardonnable car même si le principe est incontesté, il est permis de le rappeler au moment d'en faire l'application qui était la seule difficulté de la matière, mais, hélas en regardant comme acquis le caractère à titre gratuit de nos dispositions, si l'auteur a eu peu de mérite à formuler un pareil principe, il faut encore moins le féliciter de l'application qu'il en fait.

Il paraît presque inadmissible qu'on puisse ainsi se contredire en si peu de mots et de façon aussi formelle et nous voudrions ici la plume de Laurent, —plus habile en cette occasion, dans « la critique » que satisfaisant dans son « art » — pour attaquer une pareille opinion où *la même disposition* suivant qu'elle touche X ou Y est un acte à titre onéreux ou un acte à titre gratuit.

C'est, comme dit Laurent, *de l'essence même* de la fondation de messes qu'une disposition faite dans le but de faire dire des messes et la façon dont est comprise l'exécution de cette disposition, — attribution d'une rente ou don d'un capital, — ne peut en rien empêcher qu'elle soit et reste une *fondation*, Laurent en tire, — au prix de quels illogismes, nous le savons — que c'est toujours une *libéralité* et Zacha-

riæ, parce qu'il parle toujours de la même idée fausse, quoique ayant un système différent aboutit au même pitoyable résultat.

Pourquoi ? Parce que Laurent, comme Zachariæ, comme les autres auteurs et comme la jurisprudence, n'ont pu s'empêcher de constater et l'ont fait même parfois avec une certaine naïveté, que nos dispositions étaient en fait à titre onéreux, seulement comme ils regardaient comme acquis que « fondation » et « libéralité » sont synonymes, ils ont été tous acculés ou à se contredire, comme Zachariæ, dans une prétendue distinction des diverses façons de faire célébrer des services religieux, ou à se perdre comme Laurent, à la recherche de la « libéralité ».

La conclusion s'impose : si, de l'aveu de tous, faire dire la messe est *parfois* un acte à titre onéreux ; si, pour être logique, il faut dire que faire dire la messe est *toujours le même acte*, la fondation de messes sera *toujours un acte à titre onéreux*. C'est ce qu'il fallait démontrer, mais là cependant n'est pas finie notre tâche et nous ne pouvons, sur cette belle formule, laisser la craie au tableau et retourner à notre place en collégien heureux de quitter un théorème gênant.

Il reste encore des opinions à examiner qui corroboreront ce que nous venons de dire lorsqu'elles auront exactement porté sur les mêmes points, qui compléteront la nôtre lorsqu'elles auront porté sur des difficultés théoriques non encore signalées.

Il faut ranger dans la première catégorie, l'opinion formulée sur notre question par MM. Aubry et Rau à propos des legs faits à des personnes incertaines. « On ne doit pas assimiler, disent-ils, à des legs faits à des personnes incertaines, les dispositions par lesquelles le testateur aurait ordonné l'emploi d'une certaine somme ou d'objets déterminés, soit en bonnes œuvres, *soit en messes à dire pour le repos de son âme.*

De pareilles dispositions faites, *non dans l'intérêt d'un tiers, mais dans celui du testateur lui-même,* constituent bien moins des legs, que des charges de la succession. L'efficacité d'une charge de cette nature n'est pas soumise à l'autorisation préalable... »

Ce serait parfait si tout était dit là, malheureusement, et tout comme Zachariæ, ce qui nous permet de donner cette opinion au bénéfice des mêmes critiques que la précédente, il est ajouté dans la note à laquelle les auteurs nous renvoient.

« Il en serait autrement, d'une disposition par laquelle le testateur aurait ordonné la vente de tous ses biens, pour le produit en être employé en bonnes œuvres et *en messes à dire pour le repos de son âme.*

Une pareille disposition, dont l'effet est de priver les héritiers *ab intestat* de l'universalité des biens du défunt, implique nécessairement l'idée d'un legs universel, et ne peut, par conséquent, être valable, qu'autant qu'il est permis de supposer qu'elle a été faite

au profit d'une personne morale.... L'effet d'un legs de cette nature, serait, dans tous les cas, subordonné à l'autorisation préalable du gouvernement. »

Ainsi donc, l'emploi *d'une partie* seulement de son patrimoine à une fondation de messes, lui donne le caractère d'un acte à titre onéreux, mais l'emploi *de tout* son patrimoine en fait une libéralité ; comment admettre une théorie pareille ? Et puis, quel est ce nouveau principe qu' : « un legs qui dépouille de l'universalité des biens les héritiers *ab intestat*, ne peut être valable qu'autant qu'il est permis de supposer qu'il a été fait au profit d'une personne morale ? » Ah! certes, nous comprendrions que l'on se pose la question de savoir jusqu'à quel point le caractère à titre onéreux de nos dispositions, pourrait nuire aux héritiers à réserve, car la rigueur des principes conduit ici à une solution quelque peu embarrassante ; mais s'il s'agit d'héritiers non réservataires nous ne voyons plus du tout la portée de l'argumentation.

Combien plus sérieuse serait l'opinion que nous avons rencontrée dans l'examen de la jurisprudence et d'après laquelle une disposition de ce genre devrait être déclarée caduque comme ne contenant pas d'institution d'héritier et, en tous cas, instituant un légataire des plus incertains. Ce n'est pas, en effet, parce qu'en *fait*, l'exécuteur testamentaire qui aura pu être désigné, connaît les intentions du disposant,

qu'on peut prétendre qu'une disposition de ce genre ne s'adresse pas à des personnes incertaines ; nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement prétendre qu'un legs peut être validé « *dans la mesure où il est permis de supposer* qu'il est fait à une personne morale. »

En tous cas, de là à conclure qu'une disposition qu'on déclarait faite *dans l'intérêt unique du testateur*, deviendrait ici, *une libéralité au profit de la personne morale*, il y a encore bien loin !

On pourrait arrêter là l'examen de la doctrine s'il était suffisant de consulter les auteurs sur la question spéciale de la fondation de messes ; en effet, à part la note de M. Tissier dont nous discuterons la doctrine en son temps, nous n'avons plus rien trouvé de remarquable et qui ait strictement trait à notre question.

Partout, évidemment, « la fondation » est regardée comme une espèce de donation et non comme un « genre » susceptible de contenir des actes à titre gratuit ou à titre onéreux ; partout « fondation » est synonyme de « libéralité » et nous ne pouvons, évidemment pas, pour le plaisir de prouver un fait déjà surabondamment établi, donner une fastidieuse nomenclature de tous les ouvrages, traités, répertoires où est étudiée la question des fondations en général.

Qu'il nous suffise de répéter et de garantir que *pas un seul* n'a échappé à ce que nous considérons

comme une grave erreur. Presque tous les auteurs, deux seuls font exception à notre connaissance, — ont même posé cela comme un axiome.

Ce sont ces deux qui vont nous fournir maintenant un utile sujet d'études dans la discussion fournie à propos de décisions de justice sur la « nature des fondations » mais nous tenons à faire remarquer, dès le début, que si nous critiquons la solution de principes qu'ils donnent, — principes d'après lequel, on l'a deviné, la fondation est une libéralité, — nous faisons complètement abstraction de l'espèce discutée, nous pouvons même dire que pour elle, dans les deux cas que nous examinons, nous sommes pleinement de l'avis du jurisconsulte et pensons que la fondation y était bien une libéralité.

Le premier de ces deux auteurs est Baudry-Lacantinerie, qui, —bien manifestement, nous tenons à le répéter, n'a pas du tout pensé au cas spécial de « fondation de messes ».

Cela se voit très clairement, dès la définition qu'il donne de la fondation. « Biens que des particuliers veulent affecter, d'une façon perpétuelle, à la réalisation d'une idée, à la satisfaction d'un devoir, à la poursuite d'un but d'intérêt général. » A la satisfaction d'un besoin, — sous-entendez général ou particulier, — mais non évidemment personnel au fondateur, ce serait un non-sens dans la pensée de l'auteur.

Ainsi après avoir *constaté* que la doctrine est abso-

lument fixée dans le sens du caractère gratuit des fondations, Baudry se livre, à propos d'une décision de jurisprudence, à une discussion sur la nature de la fondation que nous demandons la permission de reproduire, presque *in extenso*, tant elle nous paraît importante.

La voici : « En jurisprudence, *le caractère du contrat de fondation ne fait plus de doute.*

Il semble même que l'on ne songe plus à discuter le caractère au point de vue des conséquences qu'il entraîne relativement aux règles du droit civil.

Mais voici qu'en matière fiscale un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 1875 (S., 97. 1.289) semble refuser au contrat de fondation le caractère de donation qu'on s'était toujours accordé à lui reconnaître.

Par cet arrêt, la Cour suprême décide qu'un contrat de fondation ne saurait donner lieu à la perception du droit de donation et qu'on doit, *au point de vue fiscal tout au moins* (1), le considérer comme un acte à titre onéreux.

Le point de départ dont la Cour fait découler sa solution, c'est qu'une donation ne saurait être con-

---

1. Cette réserve est de Baudry, car la rubrique de l'arrêt porte textuellement « .... la convention dont s'agit présente donc *tous les caractères à titre onéreux* et non pas d'une donation. »

sidérée comme telle quand le prétendu donataire est astreint à des charges atteignant la valeur de biens donnés.

A son avis, c'était le cas dans l'espèce, elle en conclut que le contrat est à titre onéreux et que, par suite, il ne saurait rendre exigible le droit de donation réclamé par la régie.

Appliquée aux contrats de fondation, la conclusion n'est rien moins qu'inexacte.

La personne morale choisie comme dispensatrice des biens que le disposant entend consacrer à l'intérêt social qu'elle représente, ne peut, *évidemment*, dans son rapport avec le disposant, être considérée comme traitant à titre onéreux. *Cette conception supposerait nécessairement que le disposant reçoit quelque chose en échange de ce qu'il donne* (1)? Or, il est bien certain qu'il ne reçoit rien, qu'on ne lui livre rien. A son égard, le contrat n'est certainement point à titre onéreux ; comment serait-il tel à l'égard de son cocontractant ?

Dans ces conditions, la personne morale choisie par le disposant ne saurait donc être considérée autrement que comme un donataire ou *comme une personne interposée* chargée de faire parvenir à des tiers le bénéfice de biens donnés. Ce dernier point de

---

1. Nous sommes absolument de cet avis.

vue a été écarté par la jurisprudence et la doctrine. Elles ne pouvaient s'y arrêter par cela seul qu'elles croyaient devoir admettre la validité du contrat de fondation. *La fondation, sa notion même l'implique, est nécessairement faite au profit de personnes incertaines.* Si celles-ci devaient être considérées comme donataires, l'article 911 du Code civil obligerait à annuler la *libéralité* que, par un intermédiaire, on tenterait de les faire parvenir.

Juridiquement, la personne morale choisie comme intermédiaire ne peut donc être considérée que comme un donataire.

Elle sera donataire *sub modo,* comme elle sera légataire *sub modo* si la même disposition lui est adressée par testament.

Que cette physionomie juridique convienne de tout point à la fondation, nous ne songeons guère à le soutenir.

Ce qui nous semble *certain,* c'est qu'en l'état actuel des textes, c'est la seule physionomie juridique sous laquelle elle se puisse également présenter.

Contraire à la jurisprudence qui avait prévalu jusqu'ici (1) l'arrêt que nous critiquons est, nous l'a-

---

1. Cassat., 21 mai 1860. S., 60.1.572. D., 60.1.312. — Tribunal Saint-Dié, 16 déc. 1892 et Tribunal Lunéville, 31 oct. 1894 rapportés en sous-notes sous Cassat., 28 oct. 1895. S., 97.1.219.

vons dit, intervenu en matière fiscale; cela infirme quelque peu son autorité.

Il importe cependant de protester contre sa doctrine :

En une matière, où les textes législatifs font défaut, où, par suite, la jurisprudence prend une importance capitale, il est regrettable de rencontrer des décisions qui viennent ébranler des solutions, qu'on pouvait considérer comme acquises.

Les fondations sont donc bien et toujours des libéralités. »

Il faut faire un départ dans les arguments que l'éminent jurisconsulte fournit à l'appui de cette opinion.

Il y a d'abord des considérations *de fait*, des appréciations de la décision par rapport à l'espèce à laquelle elle est relative ; celles-là, par *à contrario* il est vrai, mais bien clairement cependant, viennent renforcer l'opinion qui est la nôtre. Lorsque Baudry pose en principe que pour qu'une disposition soit à titre onéreux il faut que le disposant reçoive quelque chose en échange de ce qu'il donne, on ne peut pas n'être pas de son avis. Il est assurément très fâcheux que Baudry n'ait pas songé aux fondations de messes et ne nous ait pas donné son avis à ce sujet, mais on peut soutenir que de ses principes mêmes, doit découler la solution que nous souhaitons.

Jusqu'à quel point est-ce exact ? En effet Baudry ne se contente pas de ce rapprochement de princi-

pes élémentaires et des considérations de fait suscitées par la décision ; il pose aussi quelques principes sur la fondation, en général, et ici sa doctrine nous paraît moins solide.

La notion même de la fondation implique, dit-il, qu'elle est nécessairement faite *au profit* de personnes incertaines.

C'est, en vérité, toute la question, et cette « notion » ne peut avoir que la valeur d'une affirmation de l'éminent jurisconsulte.

En fait, elle est de plus, certainement inexacte. D'abord parce que la fondation peut ne pas bénéficier exclusivement à des personnes incertaines, si elle a pour but, par exemple, d'aider une personne morale reconnue, autorisée à remplir sa mission, en lui donnant pour cela les subsides nécessaires, et alors même que ces subsides devront être employés à des besoins déterminés, s'appelant des charges de la donation. Nous ne partageons pas du tout, en effet, l'opinion, toute de faveur pour le mariage, d'ailleurs, de la jurisprudence et d'après laquelle, parce qu'une dot est constituée avec « charge » de l'employer aux besoins du ménage, elle n'est pas une libéralité pour l'époux qui la reçoit. Si les dépenses d'un mariage s'élèvent annuellement à 10.000 fr. par exemple, et si, au lieu d'être obligés de les gagner par leur travail, ces 10.000 francs sont donnés aux époux, nous ne voyons pas du tout ce

qu'il peut y avoir *d'onéreux* pour eux à accepter ces 10.000 francs et nous pensons qu'ils leur enlèvent « une charge » au lieu de leur en créer. De même si un hospice, une commune, qui boucle péniblement son bulget, reçoit une somme importante d'un généreux donateur nous ne voyons pas du tout pourquoi ce seraient les malades qui devraient être déclarés les vrais et seuls bénéficiaires de cette libéralité, et pourquoi on n'y verrait qu'une « charge » pour l'hôpital.

Ceci, sans trop nous écarter de notre sujet, pour montrer le peu de solidité des principes formulés par Baudry à propos de fondations.

Absolument sous les mêmes réserves nous allons examiner maintenant la savante note de M. A. Wahl sous l'arrêt critiqué par Baudry et dont le début est des plus suggestifs au point de vue de notre question car après avoir constaté que la nature juridique du contrat de fondation s'est trouvée là, pour la première fois, analysée en jurisprudence, le jurisconsulte s'écrie : « Que d'obscurités! que d'hérésies! Où sont puisées ces affirmations divinatoires ? »

Malheureusement aussi, — et tout comme Baudry, — l'auteur de la note paraît n'avoir pas songé à envisager le cas spécial des fondations de messes et c'est ainsi que s'appuyant sur l'antiquité, les usages employés en Grèce et à Rome, sur notre droit ancien, intermédiaire et actuel, sur la jurisprudence

même, il croit pouvoir conclure que les fondations sont et ne peuvent être que des donations.

Mais, où, la note et la doctrine qu'elle contient devient d'un intérêt capital pour nous, c'est lorsque son auteur déclare *qu'au point de vue pratique,* la théorie d'après laquelle une fondation peut être un acte à titre onéreux est *absolument inadmissible.*

Ainsi, il est *inadmissible,* dit-il, que des fondations puissent être soustraites aux formes solennelles édictées dans l'intérêt du disposant lui-même et dans celui de sa famille; qu'elles ne soient pas révocables pour cause de survenance d'enfants; qu'elles ne puissent pas surtout, au cas où elles l'excéderaient, être réduites à la quotité disponible; enfin qu'elles puissent échapper à la nécessité de l'autorisation édictée par l'article 910 pour éviter l'accumulation des biens de mainmorte.

C'est peut-être inadmissible,en effet, seulement ce qu'il aurait fallu dire c'est que c'est inadmissible *législativement* et non *pratiquement* comme le dit le savant auteur, car si les principes actuels autorisent, nécessitent même une pareille application, elle devient pratiquement possible.

Il est certain que même les fondations de messes considérées comme dispositions onéreuses, peuvent conduire à une accumulation de biens de main-morte qu'il peut falloir, dans un intérêt supérieur, pouvoir enrayer; mais cela c'est de la législation et non du

droit en face d'un texte qui nous parle de « libéralités » ; et la même remarque s'impose au sujet de l'article 920 du Code civil et de la réduction des « libéralités » excédant la quotité disponible.

Nous sommes absolument de l'avis de l'auteur au point de vue législatif, mais au point de vue juridique c'est tout autre chose, et quant au procédé de la jurisprudence consistant à toujours accommoder les principes avec des situations de fait manifestement incompatibles, nous le blâmons formellement car il ne peut que servir à perpétuer une confusion qui n'a déjà que trop duré.

Comment accepter, sous prétexte d'impossibilité pratique de faire autrement, le fait de considérer comme une libéralité et de lui appliquer toutes les conséquences juridiques que cette notion comporte, à un acte à titre onéreux ? Et A. Wahl, tout le premier, reconnaît cependant que cela peut être, même en dehors des fondations de messes, lorsqu'il dit :

« Nous reconnaissons que la donation faite, moyennant des charges égales à la valeur de l'objet donné, est, en principe, *un contrat à titre onéreux.* »

Et M. A. Wahl envisage à ce sujet une difficulté qui peut être également soulevée en notre matière et que nous résoudrons facilement, car elle n'est qu'apparente.

En est-il, de même, dit-il, (la donation peut-elle équivaloir à un acte à titre onéreux) si la charge est

stipulée au profit d'un tiers que le donateur veut gratifier ?

Bien manifestement car de ce que l'on fait une libéralité au moyen d'un acte à titre onéreux, cela ne peut changer la notion de cet acte. Expliquons-nous : si au lieu de m'appliquer à moi-même le bénéfice des messes que je paye, je déclare abandonner ce bénéfice à Pierre ou Paul, cette libéralité, car ici cela en est bien une, faite à Pierre ou Paul, ne peut faire qu'entre le prêtre et moi le contrat cesse d'être à titre onéreux. De même si j'achète un objet quelconque *pour le donner,* cela ne peut pas faire qu'entre le vendeur et moi, il n'y ait eu une vente pure et simple.

Ainsi donc, et ceci dit en passant, le fait que le bénéfice d'une fondation de messes est attribué à un tiers, ou encore, ce que nous avons vu le plus souvent en jurisprudence, attribué pour partie au disposant lui-même et pour partie à des tiers, ne peut changer en rien la nature de cette fondation.

Nous en avons terminé avec ces deux opinions sur la « nature de la fondation » et pu constater qu'elles ne causaient pas grand dommage à la solution que nous proposons.

Pour être complet et avant d'aborder l'examen de la note de M. Tissier qui terminera cette partie, signalons, au passage, l'opinion, il faudrait plus exactement dire l'attitude, d'un auteur que son sens criti-

que et son esprit d'analyse devaient rendre forcément méfiant en effleurant notre question.

Voici en effet de quelle façon, le jurisconsulte distingué qu'est M. Planiol, croit devoir parler des fondations : « Ordinairement, dit-il, le but des fondations a un caractère d'utilité publique, elles servent à créer des hospices, des asiles, des chaires, des établissements d'enseignement ou d'études de toutes sortes, ou à augmenter la puissance et la richesse de ceux qui existent déjà,..... mais cette condition n'est pas nécessaire, et on voit des fondations inspirées par une pensée égoïste, — *comme les fondations de messes pour l'âme du testateur.* » Et sans paraître y attacher une autre importance, il signale sur un ton assez sceptique la jurisprudence « toute particulière » d'après laquelle ces fondations ne sont pas des donations, — mais des actes à titre onéreux puisque, par définition, leur seul but et d'assurer « le salaire d'un service. » Et c'est tout.

Cependant c'est le même auteur qui à propos des « charges » testamentaires nous dit ceci : « Il est assez rare de rencontrer dans les testaments une charge imposée au légataire, *dans l'intérêt du testateur* : cependant cela se voit parfois... on peut citer en ce genre *la charge de faire dire des messes pour l'âme du testateur* » : Et quelques lignes plus loin : « ce que nous appelons « donation » ou « legs » peut n'être pas une libéralité pour celui qui le reçoit; il peut

très bien se résoudre en une « pure charge » et le *prétendu légataire* se rapproche alors de l'exécuteur testamentaire auquel notre droit traditionnel assigne un rôle trop étroit et incapable de répondre aux besoins de la pratique. »

Planiol est donc coupable de n'avoir pas cherché les motifs de cette « jurisprudence toute particulière » et, en tous cas, il est déjà très caractéristique dans le moment où elle est émise, après toutes les tentatives faites et au milieu de tant d'incohérence et de contradictions, que l'opinion de l'auteur qui a eu le dernier la parole sur notre matière se résolve en le sceptique « Que sais-je » ? de Montaigne.

« Le dernier » n'est pas tout à fait exact puisque pour donner quelque symétrie à ce travail nous avons gardé pour la fin une opinion à laquelle, d'ailleurs, par ordre de date, ce rang devait échoir.

C'est celle formulée dans une note parue dans le Sirey (1906. 2. 25) de M. A. Tissier sous la dernière espèce dans laquelle notre question a été portée devant les tribunaux.

M. Tissier est d'ailleurs très laconique sur la nature du contrat de fondation. Nous avons dit en citant à la fin de la jurisprudence les deux décisions sous lesquelles cette note se trouve, que leur défaut d'harmonie, plus que cela, leur contradiction, synthétise à merveille l'état actuel de la question. On dirait que M. Tissier n'a pas voulu détruire cet effet en prenant

franchement parti pour l'une ou pour l'autre opinion.

D'après lui, les deux sont possibles et quoique à choisir, il préfère l'opinion de la Cour de Caen (contrat à titre onéreux) il regarde cependant comme possible celle qui voit dans nos dispositions une libéralité avec charges.

D'après Tissier il y a donc contrat à titre onéreux dans le cas où « la fabrique ne reçoit que le prix des messes à célébrer », mais il y aurait « donation » avec charges « si la fabrique recevait une somme ou une rente supérieure à ce que représente le prix des messes à célébrer. »

On voit tout de suite ce que cette opinion a de particulier, on peut même dire d'étrange.

Pour savoir si l'acte est à titre onéreux ou à titre gratuit, il ne faut tenir aucun compte de la volonté des parties, il suffit de consulter un « tarif » qu'elles auront peut-être ignoré ! En sorte que, non seulement, à l'insu des parties, des actes du même genre pourront être déclarés tantôt à titre gratuit, tantôt à titre onéreux, mais le *même acte* suivant que les circonstances détermineront l'évêque à baisser ou à augmenter les prix du tarif pourra, d'onéreux qu'il était, devenir une libéralité ou *vice versa* ! On le voit cette opinion qui paraît séduisante *à priori* tant elle semble simple et commode est tout à fait inacceptable ; si l'on veut s'en convaincre plus encore on n'a

qu'à voir à quels résultats extraordinaires aboutirait l'application d'un pareil principe, en matière commerciale, par exemple, et généralement pour toutes les denrées dont le prix est fixé par des mercuriales.

Et encore, nous l'avons déjà dit, il y a fort loin entre des mercuriales établies sur la valeur marchande des denrées et un « tarif » dont la seule base et la seule raison d'être, sont une question de discipline ecclésiastique, un « minimum » d'honoraires étant fixé pour éviter toute contestation fâcheuse pour la dignité de ceux qui auraient pu s'y laisser entraîner.

Avec cette opinion de Tissier nous en avons terminé avec les éléments réunis sous le titre de « Doctrine ».

Nous avons réfuté, à mesure qu'ils se présentaient, les arguments des opinions contraires à la nôtre, — de toutes, par conséquent, — mais on estimerait à bon droit que ce travail de démolition quoique entraînant l'édification de notre opinion *à contrario*, n'est pas suffisant.

Il faut donc une vue d'ensemble, une conclusion générale ; mais avant de la donner nous avons encore une partie de notre matière à examiner : la législation.

Nous avons vu maintes fois proclamer en doctrine que la matière était d'autant plus délicate, *qu'aucun texte ne la réglait*. Il n'y a, en effet, aucun texte permettant de résoudre directement notre question car,

en législation comme en doctrine et en jurisprudence, on a regardé comme un axiome que « fondation » était synonyme de « libéralité ». Mais il y a certains textes du droit intermédiaire sur les fondations, sur les fabriques, sur les formes d'acceptation des fondations dont la lecture sera utile avant de donner une conclusion.

Il y a surtout la loi de 1905 qui paraît avoir résolu le problème, qui donne, en tous cas, un intérêt capital à la question de savoir si les fondations de messes sont des libéralités ou des actes à titre onéreux.

Ce sont ces textes qu'il nous reste à examiner dans notre quatrième et dernière partie.

Appendice : On nous permettra de donner à cette place une décision du tribunal de Nantes contenant certains principes qu'il nous a paru très utile de recueillir. Elle est relatée au Dalloz (1880, 3. 87) et sa rubique est ainsi conçue : « Le legs fait à une *paroisse* peut être réclamé par la fabrique de cette paroisse, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la fabrique possède pour son compte ou pour le compte de la paroisse.

Ce legs ne saurait être considéré comme fait à une personne incertaine, lorsque la nature de la disposition ne permet pas de penser que le testateur ait voulu gratifier la mense curiale. »

Un sieur Minatte était décédé, laissant un testament aux termes duquel il instituait pour légataire uni-

versel en cas de prédécès de son frère « la paroisse Notre-Dame de Toutes-Aides, commune de Dacton; *il exprimait le désir* qu'une messe soit chantée tous les ans à son intention. »

Cette espèce nous a paru digne d'intérêt parce que la disposition faite au profit de la paroisse y est certainement une libéralité et la messe annuelle demandée ne peut être tout au plus considérée comme une charge à supposer que l'on considère comme obligatoire la satisfaction du désir exprimé; c'était à noter car nous ne nions pas que non seulement une fondation quelconque, mais encore une fondation de messes puisse être contenue dans une disposition justement regardée comme une libéralité avec charge.

BIBLIOGRAPHIE

Affre et Darboy. – « Administration temporelle des paroisses ».

Potier. — Œuvres, t. III.

Boistel. — « Philosophie du droit.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — « Obligation » et « Donation entre vifs et testamentaires ».

Laurent. — T. XVI, « Obligations » et t. XI, « Donations et Testaments », nº 233 et suivants.

Ihering. — Œuvres choisies », t. II, p. 145 et suivantes.

Strauss et Dorville. — Revue critique, 1895, t. XXIV, p. 446 et suivantes. Thèse de Paris, 1901. « De l'intérêt moral dans les obligations ».

Planiol. — « Traité élément. de droit civil », t. II, « Obligations » et t. III, « Donations et testaments ».

Zachariæ (Massé et Vergé). — « Traité de droit civil », t. III, p. 36 et suivantes.

A. Wahl. — Note sous un arrêt de 1897 au Sirey (97.1.289). A. Tissier, note au Sirey (1906. 2. 25).

Demolombe. — « Traité de droit civil », t. XVIII, p. 592 *bis* et suivantes.

Paul Grunebaum-Ballin. — « La séparation des Églises et de l'État ».

Aubry et Rau. — « Donations et testaments », t. II.

LÉGISLATION

LEGISLATION

Nous avons déjà entendu dire à maintes reprises soit en jurisprudence, soit en doctrine, qu'il n'y avait aucun texte réglant notre matière ; c'est la trop exacte vérité que l'état anarchique dans lequel elle se trouve eût d'ailleurs suffi à démontrer.

Mais, précisément à cause de cela, précisémen parce que dans la loi de 1905 elle-même, qui donne un intérêt si palpitant à notre question, les idées précises formulées par le législateur dans les travaux préparatoires ne sont que très imparfaitement réflétées dans les termes de la loi, — termes qui trahissent même une hésitation bien compréhensible à trancher catégoriquement une question aussi délicate et aussi controversée, précisément en un mot parce que, comme nous l'avons déjà dit cent fois, tout est discuté en la matière, il nous a paru utile de faire précéder la loi de 1905 de la nomenclature des autres actes législatifs qui l'ont précédé et qui plus ou moins directement ont trait à notre question.

Dans l'impression générale qui se dégagera de

cette lecture, deux idées se feront principalement jour. D'abord qu'on a toujours considéré la fondation comme une libéralité ; ensuite et comme conséquence directe que les variations de la législation en cette matière, ne sont donc pas venues d'une différence d'appréciation de la nature de ces fondations, mais simplement d'une différence de gouvernement, de politique qui, de façon désordonnée parfois, a oscillé entre la rigueur et la tolérance.

Ce sera déjà un résultat appréciable, quoique négatif, d'avoir pu constater qu'il n'existe aucun monument législatif sur la question, car l'autorité du législateur de 1905 s'en accroîtra d'autant; mais, de plus, on pourra, chemin faisant, glaner quelques utiles données sur certains éléments de notre problème, les fabriques par exemple, dont certains paraissent si peu comprendre le rôle et la nature.

Août 1736. — A cette date, nous trouvons un édit royal dont l'article 1[er] est ainsi conçu : « Renouvelant, en tant que besoin, les défenses portées par les ordonnances des rois nos prédécesseurs, voulons qu'il ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres.... *même sous prétexte* d'hospices, congrégation, soit ecclésiastiques séculières ou régulières, soit laïques, de quelque qualité qu'elles soient, ou pareillement, *aucune nouvelle création de chapelles ou autres titres de bénéfice*, dans toute l'étendue de notre royaume,.... si ce n'est en vertu de notre

permission expresse portée en nos lettres patentes enregistrées en nos parlements ou conseils supérieurs.. »

Voilà à la fois l'origine et l'explication de notre article 910 du Code civil et il est curieux de constater que la même erreur, au moins la même ambiguïté, se révèle déjà dans les termes de cet édit où pour éviter un accroissement immodéré et, par conséquent, dangereux pour l'État et funeste pour l'intérêt général des biens de mainmorte, on confond les libéralités proprement dites et toutes les autres fondations faites à un titre quelconque, pour cette raison qui paraissait suffisante et péremptoire qu'elles produisaient toutes le même effet : l'accroissement des biens de mainmorte. Évidemment, si le droit n'avait eu à s'occuper des fondations qu'à ce point de vue, cette notion très rudimentaire des « titres de bénéfice » aurait peut-être suffi.

Mais elle devait paraître notoirement insuffisante et montrer tout le danger du principe qu'elle accréditait le jour où la question se poserait, et la loi de 1905 montre avec quel intérêt, non plus de savoir si toutes les fondations aboutissent à la constitution de bien de main morte, mais bien de savoir si toutes les fondations sont des libéralités.

Loi des 2-4 novembre 1789. — Avec cette loi qui inaugure en notre matière la série des mesures violentes du droit intermédiaire, en mettant par son article 1^er^ « à la disposition de la nation » tous les

biens ecclésiastiques, nous rentrons dans un ordre d'idées très intéressant au point de vue *des conséquences pratiques* pour l'exécution des fondations et que nous envisagerons, car la loi de 1905 nous y obligera, mais qui ne touche en rien la question de la nature de nos dispositions.

22 *Avril* 1790 (*lettres pat.*), 2 *juillet* 1790 (*décret*). — Ces deux documents peuvent paraître contenir une forte présomption, sinon une preuve, à l'appui de l'opinion d'après laquelle les fondations de messes ne sont pas de simples libéralités faites en faveur de l'Église.

En effet, le premier, qui concerne l'administration des biens « mis à la disposition de la nation », prend bien soin de spécifier que de ces biens, seront exclus « les biens des fabriques », et l'autre dit explicitement dans son article 4 : « Les fondations de messes et autres services acquittés présentement, continueront provisoirement à être acquittées et payées comme par le passé », paraissant bien établir par là, quoique statuant à titre provisoire, une différence fondamentale entre la fondation de messes et celles dont les biens auraient été purement et simplement confisqués.

12 *Juillet* 1790. — De plus une loi du 12 juillet 1790 que nous interprétons dans le même sens faisait dans son article 25 la même exception au profit des fondations de messes, stipulant en outre pour les

fondations pieuses, en général « qu'il serait sursis à la vente des biens qui leur avaient été affectés » et enfin réservant dans son article 25 « aux parties intéressées » le droit de présenter un mémoire, pour toute contestation pouvant surgir au sujet de l'exécution de ces fondations.

2 *janvier* 1791. — Un décret-loi paru à cette date annonce qu'*incessamment* l'assemblée nationale réglera l'administration des fabriques.

10-18 *février* 1791. — En attendant paraît à cette date un décret relatif à la vente « des immeubles affectés à l'acquit des fondations » et ainsi conçu: « Les immeubles *réels* affectés à l'acquit des fondations de messes et autres services.... seront vendus dès à présent.

Pour tenir lieu aux curés et aux prêtres attachés auxdites églises.... de la jouissance qui leur avait été laissée provisoirement pour l'acquit desdites fondations.... il leur sera payé.... l'intérêt à 4 0/0 sans retenue, du produit net de la vente desdits biens.

Quant auxdites églises où lesdits biens étaient administrés par des fabriques, il sera payé provisoirement auxdites fabriques, l'intérêt à 4 0/0.... à la charge de l'employer à l'acquit des fondations.

En même temps qu'une solution pratique pour éviter non pas seulement l'accroissement mais la constitution des biens de mainmorte, cette loi dans

un esprit d'équité malheureusement « provisoire » donne et respecte le principe de la fondation, *constitution d'un bien pour le revenu, en être employé à l'acquit de certains services.*

Entre temps paraît à la date du 16 octobre 1791 une loi ordonnant la vente des biens dépendant des fondations faites en faveur d'ordres et de corporations supprimées et déclarant ces biens, biens nationaux. La loi du 18 août 1792 supprimant toutes les congrégations et confréries généralisa la mesure, et tous ces biens, devinrent biens nationaux, sans réserve d'aucune sorte, sauf cependant pour les biens concernant les hôpitaux et maisons de charité (art. 2).

13 *août*-3 *septembre* 1792. — (Décret). Ce décret généralise les mesures déjà prises au sujet des biens de l'Église et, provisoirement toujours, le fait avec le même esprit d'équité. Ces dispositions principales portent, en effet, que : tous les immeubles réels affectés aux fabriques,.... *à quelque titre et pour quelque destination que ce puisse être,* seront vendus aux mêmes conditions que les autres domaines nationaux....» et pour tenir lieu aux fabriques qui administraient lesdits biens, de la jouissance... laissée *provisoirement,* il sera payé l'intérêt à 4 0/0,....»

14 *août*-13 *septembre* 1793. — En vertu du décret paru à cette date, les intérêts et rentes dus aux fabriques, en vertu des précédents décrets, seront éteints et supprimés au profit de la République qui

pourvoira aux frais du culte à compter du 1er janvier 1794.

Cependant, dans le *traité de l'Administration temporelle des paroisses* (Affre et Darboy) il est ajouté que ce décret contenait une restriction importante précisément au sujet des « rentes affectées aux fondations. »

13 *brumaire an II.* — Ce décret va couper court à toutes les controverses qui auraient pu s'élever au sujet du précédent, car, sans plus s'occuper d'affecter quoi que ce soit aux dépenses du culte et à l'acquit des fondations, il dispose de façon radicale que sera propriété nationale « tout l'actif affecté aux fabriques et à l'acquit des fondations ».

14 *primaire an VIII*-13 *prairial an IX.* — C'est à cette époque, que par deux arrêts consécutifs la Cour de cassation se basant sur la loi du 16 octobre 1791 précitée pose en principe que : les rentes affectées aux fondations doivent continuer à être servies, « *quoique l'objet de la fondation ne soit pas rempli.* » Ainsi par application d'une loi, qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer — basait ses dispositions sur les principes de la plus élémentaire équité, — on en arrive à une solution absolument contraire à cette élémentaire équité !

18 *germinal an X*-18 *avril* 1802. — Enfin une convention est passée à la date du 25 fructidor de l'an IX entre le Gouvernement français et le Pape

Pie VII qui allait devenir la loi de germinal an X plus simplement appelée « Concordat ».

Chose curieuse ! cette loi qui marquait un retour en arrière et aussi, il faut bien le dire, à plus de justice, qui rendait aux fabriques les biens grevés de fondations et non encore aliénés, rendait juridique et parfaite la mainmise de l'État sur les biens de l'Église, mainmise appelée « nationalisation » et qui devenait un droit régulier et normal de propriété du jour où elle était reconnue et acceptée par l'ancien propriétaire, l'Église.

En effet, les stipulations du Concordat sont formelles et ne laissent place à aucune équivoque : « L'Église catholique renonce à toute revendication sur les biens qui constituaient son patrimoine avant la Révolution ; elle reçoit en échange l'engagement de l'affectation perpétuelle à l'exercice du culte catholique *de cette portion du domaine public...* »

Voici, notamment, le texte de l'article 13 : « Sa Sainteté, pour le bien de la paix et l'heureux rétablissement de la religion catholique, déclare que, ni elle, ni ses successeurs, ne troubleront en aucune manière les acquéreurs des biens ecclésiastiques aliénés et qu'en conséquence *la propriété* de ces mêmes biens,... demeurera incommutable entre leurs mains ou celles de leurs ayants cause. »

Avec le Concordat, la situation des fondations était donc la suivante. Les anciennes fondations dont

les biens n'avaient pas été aliénés étaient purement et simplement rendues aux ayants droit et à leur destination ; pour celles dont les biens avaient été aliénés le Concordat ne disposait rien autre que ce que l'on vient de lire au sujet de la propriété de ces biens et la question devait se poser devant les tribunaux, — d'autant plus naturellement que parce qu'elle décidait pour les biens des fondations non encore aliénés, l'esprit de la loi paraissait dans ce sens, — de savoir si l'on ne devait pas considérer ce transfert de propriété comme fait sous la condition de l'exécution des charges ; solution d'autant plus désirable que, comme nous l'avons vu, la jurisprudence de la Cour de cassation était que les débiteurs des rentes affectées à des fondations, *devaient en continuer le paiement*! Enfin, au sujet des fondations à venir, l'article 73 portait la disposition suivante: « Les fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres et *l'exercice du culte*, ne pourront consister qu'en rentes constituées sur l'État ; elles seront acceptées par l'évêque diocésain et ne pourront être exécutées qu'avec *l'autorisation* du gouvernement. »

Avec la mesure restrictive, aggravante pour elles, et qui devait disparaître, consistant dans l'obligation de les établir en rentes sur l'État, les fondations redevenaient donc soumises par le Concordat à un régime, qui, sans rien préjuger de leur nature, était

celui de l'ancien droit comme il allait devenir celui du Code.

C'est tout ce qui, dans le Concordat, a directement trait aux fondations, mais il importe de faire encore deux remarques importantes pour elles, au sujet des « fabriques » réglementées par un décret du 30 décembre 1809 qui devint l'article 76 de la loi organique de germinal, et ensuite au sujet des principes fondamentaux du Concordat, principes qui avaient une répercussion sur notre matière comme sur toutes celles de cet important acte législatif et qui nous intéressent tout spécialement aujourd'hui où avec la loi dite de « Séparation » on veut en tirer des conséquences que nous aurons à discuter.

Au point de vue des fabriques d'abord étant donné que suivant toutes les opinions émises sur la nature des fondations de messes y compris celle de Laurent, quoique celui-ci trouve qu'en dernière analyse c'est le prêtre qui fait « le profit le plus clair », la fabrique joue le rôle de « véritable bénéficiaire », il ne sera pas inutile, à l'occasion de cette loi qui les réorganise, d'en préciser le rôle et la nature.

La grande erreur de beaucoup a été, en effet, dans le désir de légitimer, d'expliquer l'idée de « libéralité » attachée aux fondations, de confondre la Fabrique et l'Église, de regarder la première comme la personnification morale de la seconde en sorte qu'il devenait superflu d'expliquer pourquoi elle était

visée par une disposition, « l'influence » « la faveur » de l'Église auprès des fidèles paraissant de suffisantes raisons.

Or, non seulement, la Fabrique *ne représente pas* l'Église, mais elle en est *absolument distincte* comme le laïc est distinct du religieux et Laurent lorsqu'il en parle (*Traité de droit civil*, t. XI, n° 230) remarque que *ce caractère civil* est *le principe fondamental* de cette matière.

Portalis, en exposant les motifs des articles organiques du Concordat, l'avait dit, d'ailleurs, avec la plus grande netteté : « C'est une institution très ancienne, disait-il : les fabriques ont toujours été réputées *corps laïques*, quoiqu'elles participassent autrefois aux privilèges ecclésiastiques, et quoique, dans presque toutes, les curés en fussent membres nécessaires... »

Les règlements des fabriques ne pouvaient être exécutés sans avoir été homologués par les cours souveraines.

Et dans une lettre écrite à la date du 4 prairial an XI, par le directeur des cultes, au sujet des fabriques, on lit ceci : Il a toujours été *de principe*, que les fabriques sont un *objet temporel* qui n'appartient pas à la juridiction innée et purement spirituelle de l'Église.

De là vient que les principaux règlements des fabriques ont constamment été faits par le magistrat civil

ou politique. Le principe d'après lequel les fabriques sont censées n'être qu'un objet temporel n'a pas changé. Il est lié à la distinction *fondamentale* qui existe entre les objets attribués au sacerdoce et ceux dont la connaissance ne saurait cesser d'appartenir à l'empire ; et l'on sait que cette distinction dérive de l'essence même des choses. »

Ce sont ces idées *fondamentales* qui ont inspiré Ducroq (*Cours de dr. administrat.*, 6e édit, t. II, n° 1514) dans la définition si nette qu'il donne des fabriques, définition d'où il résulte clairement non seulement ce qu'elles sont mais aussi ce qu'elles ne sont pas. « La fabrique, que notre droit traite comme une personne morale ayant une existence propre, n'est en réalité, qu'un *conseil d'administration*. Elle est à la paroisse ce que le conseil municipal est à la commune ; c'est un conseil institué pour administrer les biens des paroisses catholiques, agir et contracter en leur nom. »

Il était bon d'établir à l'occasion de notre article 76 qui dispose assez laconiquement qu' : « il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, à l'administration des aumônes », ces principes fondamentaux que l'on a si souvent faussés.

Nous avons dit que nous avions ensuite une remarque à faire au sujet des principes fondamentaux du Concordat en ce qu'ils intéressaient notre matière.

Nous avons vu que l'article 73 imposait pour les fondations en particulier, la nécessité de l'autorisation qui fait l'objet de l'article 910 du Code civil.

D'après une théorie courante et qui est celle notamment de l'éminent rapporteur de la loi de 1905, — nous allons bientôt le constater, — la base, la raison d'être de cette autorisation est de l'essence même du Concordat, de l'entente, de l'alliance du pouvoir civil et du pouvoir religieux, et de *la protection* qu'en vertu de cette alliance le premier promet d'assurer au second: la conséquence forcée, et le législateur de 1905 en a fait l'application, c'est que s'il n'y a plus de concordat, d'entente, d'alliance, de protection, il n'y a plus d'autorisation *possible*: d'où grave situation pour nos fondations.

Eh bien, nous tenions à le dire du moment où l'ordre de ce travail nous amenait à l'examen du Concordat: ce principe-là est faux et nous verrons bientôt comme il rend fragile tout le système échafaudé sur lui et qui est celui de la loi de 1905.

8 *pluviôse an VIII.* — A cette date nous trouvons une décision donnée comme inédite dans l'ouvrage déjà cité d'Affre et Darboy et d'après laquelle « les biens de fabrique non encore aliénés sont exceptés de la vente des biens nationaux. »

20 *vendémiaire an XII.* — Toujours dans le même ouvrage et sous la même réserve est indiquée à cette

date une décision du gouvernement relative aux biens et à la situation des fabriques.

25 *frimaire an XII.* — Un important arrêté pris à cette époque décide que : « les biens chargés de messes anniversaires et de services anniversaires faisant partie des revenus des églises, sont compris dans ceux restitués aux fabriques par l'arrêté du 7 thermidor an XI. »

7 *germinal an XII.* — A cette date nous avons trouvé une décision du ministre des finances qui paraît presque une naïveté et qui ne peut s'expliquer que de la façon suivante: Les communautés religieuses ayant été dissoutes et leurs biens étant devenus biens nationaux on se demanda lorsqu'arriva le revirement législatif auquel nous assistons, si les fabriques étant de nouveau légalement reconnues il ne fallait pas au moins décider que les biens chargés de fondation qui avaient appartenus aux communautés religieuses, leur seraient remis pour que puisse être fait le service de ces fondations. C'est à cette question que le ministre des finances répondit de la façon suivante : « Les rentes et fondations pieuses provenant de legs ou donation faites *à des communautés religieuses* dont les biens sont passés entre les mains de la nation, ne font point partie des revenus des fabriques. »

28 *messidor an XII.* — Le décret paru à cette date indique le sens large dans lequel ce principe doit

être appliqué car il dispose que : « les biens de rente non aliénés et les rentes non transférées, provenant des confréries, seront attribués aux fabriques. »

21 *frimaire an XIV.* — A cette date est donné un avis du Conseil d'État relatif à l'acquit des services religieux affectés sur les biens des fondations restitués par la décision du 25 frimaire an XII.

25 *novembre* 1806. — Nous avons trouvé comme rendu à cette date, un décret tout particulier rendu pour mettre fin à un conflit entre l'Assistance publique et les Fabriques. « La taxe fixée par divers décrets sur le prix des chaises des spectacles et autres fêtes publiques et qui est perçu en faveur des indigents, ne peut être exigée pour le prix des chaises pendant la durée d'une messe en musique, encore que ce prix ait été notablement augmenté par le fait des artistes musiciens, en raison du concours que devait amener la beauté de la musique, le produit en appartient aux fabriques. »

23 *décembre* 1806-25 *janvier* 1807. — Par deux avis donnés à ces dates, le Conseil d'État indique comment doit se faire la restitution des biens et rentes aux fabriques (arrêtés spéciaux du préfet pris sur l'avis du directeur du domaine et approuvés par le ministre des finances).

22 *juillet* 1807. — Instruction du directeur général de l'enregistrement portant que « D'après l'arrêté du gouvernement du 28 frimaire an XII parmi les biens

restitués aux fabriques, sont comprises, *les rentes et fondations chargées de messes*, anniversaires et services religieux ayant fait partie du revenu des églises soit que ces fondations aient été faites nommément aux fabriques, soit qu'elles aient eu lieu au profit des curés, vicaires, chapelains et autres ecclésiastiques de la même église paroissiale, nommés pour servir la fondation. »

12 *août* 1807. — Décret d'après lequel, les sous-préfets peuvent autoriser l'acceptation par les fabriques de dons et legs au-dessous de 300 francs (L'ordonnance du 2 avril 1817 délègue ce pouvoir aux préfets seulement).

27 *juillet* 1808. — Circulaire du directeur général de l'enregistrement. Il n'y a pas à revenir sur la rentrée en possession d'une fabrique opérée avant le 6 juin 1806, de quelque manière que cette rentrée ait eu lieu, soit en vertu d'arrêtés spéciaux ou sans arrêtés. Les acquéreurs évincés n'auraient à réclamer contre leur éviction et la prise de possession de la fabrique, qu'autant que leur réclamation aurait eu lieu avant le 6 juin 1806.

28 *février* 1809. — Avis du Conseil d'État portant que c'est aux tribunaux à décider si les redevances dues aux fabriques sont sujettes à la prescription de cinq ans.

30 *décembre* 1809. — A cette date paraît le « décret réglementaire général des fabriques ». Beaucoup

de détails de ce décret sont tirés des anciens règlements des fabriques et, notamment, de celui de la Fabrique de Saint-Jean en-Grève à Paris qui était regardé comme un modèle du genre.

Les seuls articles qui nous intéressent (il y en a 114) sont d'abord, l'article 1[er] : « Les fabriques dont l'article 7 de la loi du 18 germinal an X a ordonné l'établissement, sont chargées de veiller à l'entretien et à la conservation des temples, d'administrer les aumônes et les biens, rentes et perceptions autorisées par les lois et règlements,.... et généralement tous les fonds qui sont affectés à l'exercice du culte ; enfin (*sic*) d'assurer cet exercice et le maintien de sa dignité dans les églises auxquelles elles sont attachées, soit en réglant les dépenses qui y sont nécessaires, soit en assurant les moyens d'y pourvoir. »

L'art. 12. — « Seront soumis à la délibération du conseil : 3° *l'emploi des fonds excédant les dépenses, du montant des legs et donations* et le remploi des capitaux remboursés. »

L'art. 26. — « Les marguilliers sont chargés de veiller à ce que toutes les fondations soient fidèlement acquittées et exécutées, suivant l'intention des fondateurs, sans que les sommes puissent être employées à d'autres charges (décrets du 22 fructidor an XIII et du 19 juin 1806). Un extrait du sommier des titres contenant les fondations qui doivent être desservies pendant le cours d'un trimestre, sera affi-

ché dans la sacristie, au commencement de chaque trimestre avec le nom du fondateur et de l'ecclésiastique qui acquittera chaque fondation. »

L'art. 27. — « Les marguilliers fourniront l'huile, le pain, le vin, l'encens, la cire.... »

L'art. 36. — « Les revenus de chaque fabrique se forment :

1° Du produit des biens et rentes restitués aux fabriques, des biens des confréries et généralement de ceux qui auraient été affectés aux fabriques par nos divers décrets ;

2° Du produit des biens, rentes et fondations qu'elles ont été ou pourront être par nous autorisées à accepter. »

L'art. 63. — « Les deniers provenant de donations ou legs dont l'emploi ne serait pas déterminé par la fondation, les remboursements de rentes, le prix des ventes ou soultes d'échange, les revenus excédant l'acquit des charges ordinaires, seront employés dans les formes déterminées par l'avis du Conseil d'État, approuvé par nous le 21 décembre 1808. »

9 *décembre* 1810. — Avis du Conseil d'État. — Les fabriques ne sont point chargées des rentes dont étaient grevés les biens à elles restitués par le domaine. *Celui-ci les a rendus libres et dégagés de toutes charges.*

19 *mai* 1811. — Décret. — Le gouvernement par l'ar-

rêté du 27 thermidor an X, et par ceux qui ont rendu aux fabriques certains biens, n'a voulu restituer que les biens non aliénés par la nation et n'a pas prétendu contester la validité des ventes qu'elle avait faites.

6 *juin* 1811. — Avis du Conseil d'État. — Préalablement à toute proposition d'autoriser l'acceptation de legs au profit des établissements publics, les héritiers des testateurs doivent être mis à portée de produire leurs réclamations, s'ils sont dans l'intention d'en présenter.

21 *juin* 1812. — Décret. — Si une rente, provenant de fondations pieuses, était réclamée contre un émigré éliminé ou amnistié, celui-ci ne peut rejeter la demande, sous le prétexte que l'État ayant été en même temps son créancier et son débiteur, il n'a pu compenser la somme qu'il lui devait avec celle qui lui était due au moment de son émigration, *cette compensation n'est valable qu'autant que la rente a été éteinte par confusion.*

22 *juin* 1812. — Les rentes provenant de fondations pieuses dues aux fabriques sont dans la classe de celles qui ont été restituées à ces établissements en vertu des arrêtés du gouvernement des 7 thermidor an XI, 25 frimaire an XII et de l'avis du Conseil d'État du 30 avril 1807 (Décis. C. de Cassat.).

2 *avril* 1817. — Ordonnance du roi. Article premier. « Conformément à l'article 1410 du Code civil,

les dispositions entre-vifs et par testament des biens meubles et immeubles au profit des églises, des fabriques,... ne pourront être acceptées qu'après avoir été autorisées par nous, — le Conseil d'État entendu, — et sur l'avis préalable de nos préfets et de nos évêques suivant les divers cas.

L'acceptation des dons ou legs en argent, en objets mobiliers, n'excédant pas 300 francs, sera autorisée par les préfets.

Art. 2.— L'autorisation ne sera accordée qu'après l'approbation provisoire de l'évêque diocésain, *s'il y a charge de service religieux.*

Art. 6. — Ne sont point assujettis à la nécessité de l'autorisation, les acquisitions et emplois en rentes constituées sur l'État ou les villes, que les établissements ci-dessus désignés pourront acquérir dans les formes de leurs actes ordinaires d'administration.

Les rentes ainsi acquises seront immobilisées et ne pourront être aliénées sans autorisation.

Art. 7.— L'autorisation pour l'acceptation ne fera aucun obstacle à ce que les tiers intéressés se pourvoient, par les voies de droit, contre les dispositions dont l'acceptation a été autorisée.

14 *janvier* 1831. — Ordonnance du roi sur les dons et legs. L'article 6 de l'ordonnance royale du 2 avril 1817 est rapporté.

En conséquence, aucun transfert ni transcription de rentes sur l'État,... ne sera effectué qu'autant qu'il

aura été *autorisé* par une ordonnance royale dont l'établissement intéressé présentera par l'intermédiaire de son agent de change, expédition en due forme au directeur du Grand livre de la Dette publique.

Art. 2. — Aucun notaire ne pourra passer acte de vente, d'acquisition, d'échange, de transaction, au nom des dits établissements, s'il n'est justifié de l'ordonnance royale portant autorisation,... et qui devra y être entièrement insérée.

Art. 3. — Nulle acceptation de legs, au profit des mêmes établissements, ne sera présentée à notre autorisation, sans que les héritiers connus du testament ne soient appelés par acte extrajudiciaire pour prendre connaissance du testament, donner leur consentement à son exécution ou produire leurs moyens d'opposition...

14 *septembre* 1839. — Circulaire ministérielle relative aux dons et legs faits aux établissements ecclésiastiques et à l'exécution des dispositions de l'ordonnance du 14 janvier 1831.

15 *février* 1862. — Décret relatif à l'acceptation des dons et legs faits aux fabriques des églises.

Article premier. — L'acceptation de dons et legs, faits aux fabriques d'églises, sera désormais autorisée par les préfets, sur l'avis préalable des évêques, lorsque ces libéralités n'excèderont pas la valeur de 1000 francs, ne donneront lieu à aucune réclamation et ne seront grevées d'autres charges

que l'acquit de fondations pieuses dans les églises paroissiales...

Art. 2. — L'autorisation ne sera accordée qu'après l'approbation provisoire de l'évêque diocésain, s'il y a charge de services religieux.

30 *juillet* 1863. — Décret. — Article unique : Tout notaire dépositaire d'un testament contenant un ou plusieurs legs au profit des communes, des pauvres, des établissements publics... devra transmettre sans délai au préfet du département, compétent pour l'autorisation, après l'ouverture du testament, un état ommaire des dispositions de cette nature insérées au testament, indépendamment de l'avis qu'il est tenu de donner aux légataires en exécution de l'article 5 de l'ordonnance du 2 avril 1817.

De l'examen de cette législation, dont nous avons retenu surtout la détermination de la nature et du rôle des fabriques, — il ne ressort clairement qu'une chose : c'est que dans tous les régimes on a voulu subordonner la validité de ces dispositions à l'autorisation du Gouvernement.

Quant à la nature de ces dispositions, tous les textes que nous avons paraissent regarder comme établi — et ce l'était, en effet, — que nos dispositions sont des libéralités avec charges.

C'est en l'état de ces textes très insuffisants et de la jurisprudence et de la doctrine que nous connaissons, qu'un débat des plus importants allait surgir

en 1905 au moment de la discussion de la loi de Séparation.

Le rapporteur, M. Briand, venait d'indiquer que pour faire une saine application du principe même de la Séparation, il fallait supprimer l'*autorisation* de l'article 910 au sujet des libéralités, et par conséquent édicter à cet égard l'incapacité absolue des associations cultuelles.

En face d'une solution d'une gravité aussi exceptionnelle pour l'Église, on voit de quel intérêt se revêtait la question de savoir quels actes étaient à titre gratuit, quels autres à titre onéreux, et voici ce qui fut dit à la Chambre spécialement au sujet des fondations de messes, dans la discussion de l'article 19.

M. le Ministre des cultes. — Du jour où la Séparation des Églises et de l'État aura été votée, il ne pourra plus être question de faire autoriser par le Gouvernement, avec ou sans avis du Conseil d'État, l'acceptation de libéralités faites pour l'entretien du culte, aux associations cultuelles.

Si l'intervention du Gouvernement en pareille matière *est incompatible avec la Séparation,* la conséquence nécessaire est qu'on ne peut admettre au profit des associations cultuelles, la faculté de recevoir des libéralités.

L'article que nous discutons contient une réserve qui n'est au fond que la confirmation du principe que j'énonce en ce moment : il permet aux associa-

tions de recevoir, *par fondation* des rétributions pour cérémonies et services religieux.

M. Auffray a longuement parlé des fondations ; il a compris sous cette dénomination tous les dons et legs qui peuvent être faits maintenant aux fabriques. Il est allé un peu trop loin, car dans la langue administrative actuelle, le mot « fondation » a un sens moins étendu.

Les fondations se divisent en deux catégories. Les unes consistent dans les libéralités qui sont faites à un établissement public ou d'utilité publique à charge de donner à perpétuité ou pendant une période plus ou moins longue, aux revenus des biens légués ou donnés, des affectations particulières. Les autres s'appliquent uniquement aux services religieux, *aux fondations pour messes anniversaires ou autres.*

Eh bien ! ce qu'on entend actuellement par « fondation » quand il s'agit des fabriques, ce sont uniquement les dispositions soit entre-vifs, soit testamentaires qui ont pour but de faire célébrer des cérémonies ou services religieux.

M. Jules Auffray. — Vous reconnaissez bien, Monsieur le ministre, qu'il y a deux sens (1) ?

M. le Ministre des cultes. — Les fondations ont si peu le caractère de libéralités qu'on admet qu'elles

---

1. *Officiel, Déb. parlement.*, 20 juin 1905, p. 2219 et suivantes.

soient instituées par acte sous seing privé, et non pas dans la forme solennelle des donations, quand elles sont faites par acte entre-vifs, *ce qui indique bien qu'il s'agit là d'une sorte de convention à titre onéreux, d'un contrat commutatif qui a pour but d'obtenir, moyennant versement d'une certaine somme, certains services au prix fixé par le tarif en vigueur.*

M. Gustave Rouanet. — C'est le louage d'une stalle au Paradis !

M. le Ministre des cultes. — Dans quel sens faut-il interpréter les mots « par fondation » insérés dans le texte de la commission ? — C'est évidemment dans ce dernier sens.

La commission n'a entendu prévoir que les fondations ayant pour objet des cérémonies ou des services religieux *déterminés* et non point de libéralités permettant de recevoir des sommes qui pourrait être illimitées, alors même qu'elles auraient pour objet l'entretien du culte et les dépenses corrélatives. C'est en ce sens en tout cas, que le Gouvernement a compris le texte de la commission et qu'il l'a accepté.

Si vous lui en donniez un autre, vous arriveriez inévitablement à conférer aux associations cultuelles le droit de recevoir sans limites, sans contrôle, sans restrictions, toute espèce de libéralités; c'est là un résultat auquel il est impossible de souscrire.»

C'est à la suite de cette discussion, qu'a été voté l'article 19 de la loi dite de Séparation, déterminant

la capacité des associations cultuelles et qui dispose que : « les associations pourront recevoir, en outre des cotisations prévues par l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901, le produit de quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions pour les cérémonies et services religieux, *même par fondation....* »

Le texte de la loi n'est évidemment pas aussi clair qu'il eût été désirable, mais cependant, comme nous l'avons déjà dit dans notre introduction, éclairé à la lumière des travaux préparatoires, il est au moins formel sur le principe que les associations cultuelles ne pourront pas contracter en dehors de cas limitativement prévus et spécialement recevoir à titre gratuit.

Reste à savoir si toutes les fondations seront possibles et quelle est exactement la valeur, la portée de ce principe dont on a fait en notre matière la base même de la Séparation, à savoir que sous ce nouveau régime « l'autorisation » n'est plus concevable.

Sur la portée de l'application de notre article aux fondations il nous paraît qu'une confusion très regrettable a été commise par le législateur de 1905.

Comme nous l'avons fait remarquer déjà en critiquant la doctrine de Laurent sur les fondations, la fondation n'est pas généralement faite pour rétribuer les cérémonies et services religieux *publics*, ce qui constituerait, à vrai dire, une libéralité : ce n'est

même qu'une exception qu'elle soit faite dans ce but. La fondation de messes, *normale*, a pour but non pas simplement de rétribuer les cérémonies et les services religieux *ordinairement* accomplis dans une église, mais de demander la *célébration spéciale* d'un certain nombre de messes, absolument indépendantes de ce qu'il est convenu d'appeler : l'exercice du culte. Il y a là la différence fondamentale qu'il y aurait entre une dotation faite à un établissement d'enseignement par exemple, sans création d'aucun cours, d'aucune chaire, d'aucun prix spécial et la rémunération d'un cours spécial ; il y a simplement la différence entre un cours public et des leçons particulières.

Au point de vue des fondations de messes, notre article 19 est donc au moins très incomplet et aurait dû indiquer que les associations pourraient recevoir les sommes nécessaires à l'accomplissement de services religieux, *spécialement institués et célébrés dans l'intérêt du disposant.*

Et si d'ailleurs, tel est l'*esprit* de la loi de 1905, on ne voit pas du tout pourquoi ses auteurs ont considéré comme inadmissible l'idée d'une « autorisation ».

De séparation véritable, complète, absolue, entre l'Église et l'État, il ne peut y en avoir : la loi de 1905 elle-même d'ailleurs en est une preuve et on ne saurait le lui reprocher car elle était entraînée

à ce qu'elle a fait par la nature même des choses.

Du fait de l'existence de l'Église, il y a toute une série d'actes temporels, que l'on oppose aux actes spirituels, qui sont du domaine de la juridiction ordinaire et que par conséquent, un État ne peut « ignorer ».

Le législateur de 1905 l'a si bien compris, qu'il a *réglementé*, et même réglementé étroitement l'Église dont il prétendait se séparer. Mais alors, par quel vain scrupule, quel peu de souci de l'étrange contradiction de principes que cette disposition produisait, a-t-on pu, au moment même où on *réglait limitativement* la capacité des associations cultuelles, refuser, comme étant inconciliable avec le principe même de la Séparation, l'application du moyen si simple de l'autorisation ?

La véritable séparation ne pouvait être comprise que d'une façon, mais ainsi personne n'en eût voulu : il n'y aurait plus eu aux yeux de l'État ni fabriques, ni associations cultuelles et aucun établissement ecclésiastique n'aurait joui de la personnification civile.

A ne pas la comprendre ainsi, la prétendue Séparation n'en est plus une et la réglementation actuelle pour n'avoir pas été établie du consentement du chef de l'Église, n'en est pas moins plus étroite encore que celle qui résultait du Concordat; aussi est-il pres-

que ironique de la prétendre basée sur l'idée de Séparation.

Il nous reste, maintenant que nous avons examiné la portée et l'esprit de notre texte, à voir quelles conséquences pratiques entraînera son application.

Et ici une distinction s'impose.

Il y a des conséquences inéluctables, invariables, absolument indépendantes de toutes contingences dont la plus importante, éventualité qui est devenue une certitude aujourd'hui, est la non formation des associations cultuelles telles que les comprend le législateur de 1905.

Il y a des conséquences variables suivant que ces associations cultuelles auraient pu ou non se former.

Et à ce sujet, on nous permettra une brève explication sur la nature quelque peu spéciale de notre loi.

Ce fut une grande question ces temps derniers que celle de savoir si la loi dite de Séparation serait acceptée ou refusée par les catholiques français obéissant au Pape, et c'est dans une grande émotion qu'on a entendu le refus du Chef de l'Église, énergiquement et par deux fois formulé.

L'exécution de cette loi était-elle donc subordonnée à la volonté des catholiques français ou du Pape, et ceux-ci, chose qui n'eût pas été possible sous le Concordat, pouvaient-ils paralyser ses effets ?

Bien évidemment non, mais il n'était pas inutile

de le dire devant toutes les extraordinaires théories soutenues ces temps derniers.

On a vu des gens, se disant jurisconsultes, soutenir que la forme d'association imposée aux cultes n'était pas « impérative » et que puisque la loi de 1905 était trop gênante pour l'exercice du culte, il n'y avait qu'à la laisser de côté et à s'organiser en prenant les facilités données par les différentes lois, celle de 1901 par exemple, parues avant elles, dont on éliminerait, bien entendu, les inconvénients !

Il nous paraît que l'exposé seul de cette théorie dispense de toute autre critique. Il est aussi incontestable, *en droit*, qu'une loi spéciale, particulière, déroge aux lois générales sur la matière, qu'il est peu discutable, *en fait*, que la loi de séparation réglant la formation et la capacité des cultuelles est une loi *particulière* par rapport à la loi qui a réglementé d'une façon *générale* les associations. Quant à l'esprit lui-même du législateur de 1905, nous ne lui ferons pas l'injure de le disculper de la naïveté qu'on lui prête en pensant qu'il a pris une aussi grande peine à sceller les fenêtres, sans songer seulement à fermer les grandes portes ouvertes par la loi de 1901 !

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point et nous répétons même que nous ne l'avons effleuré que pour effacer une fois pour toutes les doutes que les théories nombreuses, souvent séduisantes, parfois

autorisées émises ces temps derniers, auraient pu faire naître dans les esprits.

Quelque « dure », quelque imparfaite et défectueuse qu'elle puisse être, la loi est toujours la loi et il ne peut appartenir de la défaire qu'à ceux qui avaient le pouvoir de la faire : s'est la seule légitime espérance que puissent avoir ceux que mécontente la loi de 1905.

Les catholiques français peuvent faire sur l'ordre du Pape ce que tout citoyen peut faire en face de la loi : la méconnaître, ne pas en user. Quand on ne veut pas observer une prescription de droit pénal on encourt tout de même l'application de la loi et cette loi reste telle,quelle que soit l'attitude de ceux qu'elle visait. Quand on ne veut pas suivre une règle du droit civil, on est parfaitement libre de le faire, mais la loi reste la loi en ce sens qu'on doit s'apprêter à subir toutes les conséquences de son inobservation. Personne n'est obligé de se faire donner une quittance de la somme qu'il donne à son créancier, mais si on ne le fait pas, on devra subir toutes les conséquences de l'impossibilité de faire la preuve de sa libération ; aucune agrégation de personnes (sous la réserve, bien entendu, des lois pénales édictées en matière religieuse) n'est obligée de faire les formalités nécessaires et de s'astreindre aux conditions exigées pour obtenir la personnalité civile, mais, elle devra subir alors les conséquences de son

inexistence juridique. C'est toute la liberté qu'un citoyen peut et doit avoir devant la loi ; c'est celle des catholiques français devant celle de 1905.

Il ne peut donc pas s'agir à proprement parler d'acceptation ni de refus de la loi et au point de vue spécial qui nous occupe nous n'avons donc qu'à nous en tenir à cette loi et à faire complètement *abstraction* de toutes les situations *de fait* qui peuvent s'établir en dehors d'elle.

Il est tout d'abord bien évident que l'article 910 est abrogé en notre matière et que par conséquent il ne pourra plus être question de faire autoriser l'acceptation d'une fondation : nous avons critiqué le principe sur lequel le législateur s'était appuyé, mais cette remarque n'a qu'une portée législative et au point de vue du droit la règle devient précise et formelle : on pourra, même par fondation, donner par acte entre vifs ou par disposition testamentaire aux associations cultuelles, des sommes correspondant à la valeur des services religieux demandés. Ces dispositions, les associations cutuelles auront *pleine et entière capacité* de les recevoir et ne seront plus soumises à aucune demande d'autorisation.

Comment appréciera-t-on la nature de ces dispositions et pourra-t-on dire si elles sont exorbitantes de la capacité des associations ? C'est là le point le plus grave et étant donné la solution rigoureuse, radicale, imposée par la loi de 1905 au cas où la dis-

position sera regardée comme une libéralité, les tribunaux auront un pouvoir d'appréciation d'une importance considérable.

La loi ne dit pas d'ailleurs, au moyen de quel criterium on distinguera la libéralité de l'acte à titre onéreux.

Son système paraît le suivant : les associations cultuelles comme les anciennes fabriques administreront toute la partie temporelle, matérielle, nécessaire à l'exercice du culte ; à ce titre elles pourront recevoir les sommes représentant la célébration d'un certain nombre de messes, mais non pas, et cela semble clairement résulter des travaux préparatoires des libéralités faites à la simple condition, à la charge de les employer à l'exercice du culte.

Où commencera la libéralité avec charge, où s'arrêtera l'acte à titre onéreux ? Voilà la question capitale qu'on doit se poser avec la loi de 1905 et qui a donné à ce travail son principal mérite : un intérêt d'actualité.

Il n'est peut-être pas très exact que la question doive se poser ainsi, car pour nous, et nous espérons que ce travail aura quelque peu contribué à l'établir, il n'a pas de gradation, il n'y a pas de possibilité de nuances diverses et cette hypothèse de la libéralité avec charges à laquelle certains sont tentés de toujours revenir, est la dernière qu'il faille envisager.

En effet, quels sont les deux cas les plus simples les plus normaux d'une disposition adressée à l'Église?

Ce sera soit celui où, dans une pensée pieuse mais libérale, une personne voudrait subvenir aux dépenses exigées par le service du culte, sans accroître ce service — et par conséquent ces dépenses — en quoi que ce soit, sans charges par conséquent ; soit celui où, demandant un service *spécial*, « des messes anniversaires ou autres » pour employer l'expression même du rapporteur, dans une pensée pieuse mais égoïste une personne affecterait une certaine somme à la rémunération de ce service.

Ce dernier cas c'est la fondation de messes que nous avons spécialement étudiée et il paraît résulter très nettement des travaux préparatoires que non seulement elle sera possible avec les associations cultuelles, mais qu'elle sera même libérée de l'entrave de l'autorisation que la tradition paraissait avoir consacrée.

M. le ministre des Cultes a dit que ces fondations étaient : « une sorte de convention à titre onéreux, de contrat commutatif » ajoutant ainsi l'autorité de sa parole à l'opinion que nous nous sommes efforcés de soutenir dans la modeste limite de nos moyens.

Les autres fondations seront-elles possibles ?

Il est bien difficile de se prononcer à ce sujet non

seulement après la lecture du texte mais même après un examen attentif des travaux préparatoires.

Il y a été dit que « les libéralités faites à charge de donner à perpétuité ou pendant une période plus ou moins longue aux revenus des biens donnés ou légués, des affectations particulières » seraient exorbitantes de la capacité des cultuelles.

Le ministre des Cultes a vu entre les fondations qu'il définissait ainsi, et les fondations de messes, une différence radicale, absolue. Il le faut bien puisque la loi déclare possibles les secondes sans aucune condition, alors qu'elle interdit absolument les premières, mais nous nous déclarons absolument incapable d'indiquer où est cette différence.

L'imprécision existante à cet égard est d'autant plus grave pour nos fondations qu'elles ont été définies, nous l'avons vu, tantôt comme celles que le législateur de 1905 déclare possibles, tantôt comme celles qu'il déclare impossibles ; la doctrine et la jurisprudence ne pourront à cet égard fournir aux tribunaux aucun élément utile d'appréciation, et on peut craindre en l'état actuel des textes que l'incohérence signalée jusqu'ici ne se perpétue au grand préjudice de la justice.

Telle est la situation faite par la loi de 1905 aux fondations « à venir ».

Nous croyons inutile d'ajouter qu'au cas de non-formation d'associations cultuelles, il n'y a absolu-

ment rien à dire au sujet des fondations. Il pourra y avoir, en *fait*, des dispositions de ce genre, plus ou moins solides suivant l'habileté du praticien qui en aura dirigé et conseillé la confection, mais la question de savoir dans quelle mesure et par quels moyens, des fondations ainsi faites *en dehors de la loi* pourraient sortir à effet, est absolument en dehors du cadre de ce travail.

Il y a encore un mot à dire au sujet des fondations possibles au cas de formation d'associations cultuelles.

La loi n'admet pas plus la libéralité avec charges que la libéralité pure et simple ; l'acte à titre onéreux seul, sera permis. Cela est absolument certain, résulte avec toute la netteté désirable de travaux préparatoires et est l'avis de tous les commentateurs de la loi.

Mais une opinion avec laquelle nous voudrions en finir une fois pour toutes et qui est partagée par des jurisconsultes éminents comme M. A. Tissier, est celle d'après laquelle nos fondations de messes peuvent être dans certains cas, non plus un acte à titre onéreux, mais une libéralité avec charges.

Il y aurait donation avec charges, dit M. Tissier, « si la fabrique recevait une somme ou une rente supérieure à ce que représente le prix des messes à célébrer » ; et, le critérium de cette valeur serait, nous

l'avons déjà dit, le tarif de messes dressé par l'autorité diocésaine.

Mais où a-t-on pris qu'un acte qui est en principe à titre onéreux, peut devenir une libéralité avec charges, si, par suite de circonstances absolument indépendantes de la volonté des parties, l'une d'elles se trouve réaliser un bénéfice supérieur à celui escompté? Ce serait d'ailleurs «une charge avec libéralité» et non une libéralité avec charges, puisque l'acte onéreux serait la base de la disposition et ne deviendrait une libéralité que pour une part souvent infime et pour une raison absolument accidentelle et à ce compte-là quel acte à titre onéreux de la vie ordinaire ne serait pas susceptible, à l'insu des parties, de devenir une libéralité avec charges?

On nous objectera que notre opinion laisse la porte ouverte aux libéralités que le législateur a précisément voulu interdire et qu'il suffira de dire qu'on estime une messe un prix exorbitant pour que des sommes considérables puissent ainsi être données à l'Église. Mais de deux choses l'une; ou il y aura eu véritablement dans l'esprit du disposant l'intention de déguiser une libéralité et alors ce sera aux intéressés à en faire la preuve et aux tribunaux à établir ce *fait;* où le disposant aura voulu réellement payer les messes demandées et alors si l'on veut éviter la dation de sommes trop importantes, le législateur n'a qu'à faire sien le tarif diocésain ou en faire

établir un autre et décréter *de sa propre autorité* que toute rémunération supérieure sera regardée comme une libéralité.

Mais en l'état on ne peut véritablement accepter l'opinion de M. Tissier et, les parties étant juges de la valeur qu'elles attribuent à la messe doivent pouvoir la rémunérer à leur gré.

Nous en avons ainsi terminé avec la situation créée aux fondations à « venir » par la loi de 1905.

Il nous reste à étudier les effets de cette loi par rapport aux fondations existantes.

Et d'abord, que les associations cultuelles soient formées ou non, la loi de 1905, dans son article 5, déclare que : « ceux des biens désignés à l'article précédent (biens des fondations entre autres) qui proviennent de l'État et qui ne sont pas grevés d'une fondation pieuse créée postérieurement à la loi du 18 germinal an X, feront retour à l'État. »

Il résulte donc de ce texte que même les biens grevés d'une fondation pieuse feront retour à l'État, si cette fondation avait été créée antérieurement à la loi de Germinal an X.

Les idées, il serait peut-être excessif de dire les principes, qui ont conduit à cette disposition sont les suivantes :

Par de nombreux actes législatifs antérieurs à l'an X et signalés ici même, les biens de l'Eglise avaient été déclarés « biens nationaux » et leur pro-

priété transférée purement et simplement et dégagée de l'accomplissement de toutes charges et conditions.

Les biens furent remis « à la disposition » de l'Église en vertu du pacte, de l'alliance qu'elle signait avec l'État; ce pacte étant aujourd'hui rompu, il n'y a plus aucune raison de continuer vis-à-vis de l'Église, ce que le Concordat lui-même considérait comme une « faveur » et les biens *nationaux* qui avaient été remis à sa disposition sont de nouveau retirés.

Ceci, nous l'avons dit, est un effet inéluctable de la loi et absolument indépendant de l'éventualité de la formation d'associations cultuelles.

D'autre part, et on peut l'indiquer tout de suite, car le principe est très simple et son application ne pourrait susciter aucune difficulté au cas de formation d'associations cultuelles, l'article 4 de notre loi dispose d'une façon générale pour les biens affectés à l'exercice du culte et, par conséquent, pour les biens de fondations en particulier : « Dans le délai d'un an à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des Menses, Fabriques seront, *avec toutes les charges et obligations qui les grèvent,* et avec leur affectation spéciale, transférés aux associations légalement formées. »

Donc, au cas de formation d'associations cultuelles, pas de difficultés au sujet des fondations existantes ; les biens les assurant seraient transférés sous

la condition de l'acquit des charges de la fondation.

Mais précisément ce principe de toute équité que le législateur a posé ici, à savoir que les biens affectés à des fondations ne pouvaient être transférés qu'à la condition que ces fondations soient exécutées, a fait se demander quelle serait la situation des biens de fondation qui feront retour à l'État en vertu de l'article 5, ou qui suivront le sort qui leur a été fixé par l'article 7 ainsi conçu : « *A défaut* de toute association pour recueillir les biens d'un établissement public du culte, ces biens seront attribués par décret aux établissements communaux d'assistance...

En cas de dissolution d'une association, les biens qui lui auront été dévolus seront attribués par décret rendu en Conseil d'État soit à des associations analogues dans la même circonscription ou dans la circonscription voisine, soit aux établissements..... du présent article.

Toute action en reprise ou en revendication devra être exercée dans un délai de six mois,... ; l'action ne pourra être intentée qu'en raison de donations et legs et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe. »

Quand nous aurons examiné les éventualités prévues par ce texte et d'une façon générale quelle situation la loi de 1905 fait aux fondations existantes dont les biens auront été détournés de leur véritable destination, nous en aurons terminé avec l'examen

de cette loi par rapport aux fondations et avec ce travail lui-même.

Au point de vue des fondations existantes nous n'avons pas à nous préoccuper du cas de dévolution des biens, à défaut de toute association dans une ancienne paroisse ou en cas de dissolution, à une association analogue dans la même circonscription ou dans une circonscription voisine ; la fondation devant dans ce cas continuer à recevoir son exécution, il nous paraît inadmissible qu'on puisse baser une action en révocation sur le seul fait de cette nouvelle attribution.

Tout au plus faudrait-il réserver le cas — laissé à l'appréciation des tribunaux, — où la fondation aurait été tout spécialement faite pour que des messes soient dites dans une chapelle, à un autel, devant un saint absolument déterminés et qui seraient la raison déterminante de cette fondation.

Le cas le plus difficultueux, le plus grave est celui de dévolution des biens aux établissements d'assistance ou à d'autres analogues en cas de non existence d'associations cultuelles.

C'est dans ce cas bien évidemment que les personnes indiquées par notre article pourront dans le temps et les conditions voulus agir en reprise ou en revendication, comme ce droit leur est implicitement donné par l'article 4 qui disposant que les biens seront transmis « avec les charges et les obligations

qui les grèvent et leur affectation spéciale », fait de l'exécution de ces charges une question de résolution ou de révocation.

Le législateur de 1905 n'a fait qu'appliquer ici le droit commun qui se base lui-même sur la plus élémentaire équité.

Cependant le législateur de 1905 a dérogé dans bien des cas à ce droit commun et la grosse question est celle de savoir au point de vue des actions en résolution ou en révocation en cas d'inexécution « des charges » (1), où s'arrête le droit commun et où commencent les dérogations.

Elle se pose d'abord pour les fondations pieuses antérieuses à la loi de germinal an X que le 1er alinéa de l'article 5 déclare devoir faire retour à l'État, et nous sommes d'une opinion contraire à celle formulée par M. Tissier, qui, dans la note souvent citée, soutient que ces biens ne doivent faire retour à l'État que sous la condition de l'exécution des charges auxquelles leur constitution avait été subordonnée.

M. Tissier part de ce principe que, pour déroger en notre matière aux règles du droit commun, il

---

1. Nous employons dans toute cette partie, cette terminologie et parlons de « charges » et non « d'acte à titre onéreux » car cela simplifie et n'est ici d'aucune portée.

aurait fallu une disposition formelle insérée dans la loi de 1905 et non un simple renvoi au droit intermédiaire dont les principes sont d'ailleurs très confus.

De plus, il oppose aux arguments très forts tirés de la jurisprudence, des textes, des travaux préparatoires de la loi de 1905, une objection tirée du Concordat et des décrets qui l'ont suivi.

D'après lui, le Concordat a fait disparaître le principe d'après lequel la propriété des anciens biens de fondation pouvait être transférée purement et simplement.

En effet, dit-il, sous l'empire de la loi de l'an X, les biens des anciennes fondations n'ont été rendus à l'Église qu'avec leurs charges. Un arrêté du 7 thermidor an XI (précité) dit, d'une manière très précise dans son article premier : « Les biens des fabriques non aliénés, ainsi que les rentes dont elles jouissaient et dont le transfert n'a pas été fait, *sont rendus à leur destination.* » Le décret du 22 fructidor an XIII fait aussi expressément allusion, en ce qui concerne les biens rendus aux fabriques, aux « messes, obits et autres sevices auxquels ces dites fondations donnent lieu conformément au titre. »

Donc, la loi nouvelle ne dérogeant pas d'une façon formelle à des dispositions qui n'étaient en somme que le rétablissement du droit commun, « il convient de décider que l'État ne reprend les biens des ancien-

nes fondations qu'avec les charge *qu'il a rétablies lors du Concordat;* le retour à l'État des biens et rentes des anciennes fondations n'est pas inconciliable avec le maintien des services religieux. L'État ne reprend ces biens et ces rentes qu'avec l'obligation de veiller à l'exécution des charges de leur affectation et d'en faire les frais ; les fondateurs ou leurs héritiers auraient le droit, en cas de non célébration des services religieux qui ont fait l'objet de la fondation, d'agir en résolution ou en révocation suivant le droit commun. »

M. Tissier prétend que l'opinion contraire n'aurait pour elle ni le droit, ni l'équité ; l'équité, c'est possible mais le droit non et cela doit suffire pour l'adopter.

Mais pensons que les biens dont parle l'article 5 doivent faire retour à l'Etat *purement et simplement* et nous avons même la prétention de croire qu'aucune objection sérieuse ne peut être élevée contre cette opinion.

Il ne peut y avoir aucun doute tout d'abord et bien évidemment sur le point de savoir si la loi de 1905 *déroge* à celle de germinal an X ; elle fait plus que d'y déroger *elle l'abroge* et par conséquent le Concordat et les décrets postérieurs qui en assurèrent l'exécution doivent être considérés comme non avenus dans cette discussion. M. Tissier fournit donc des armes contre lui-même lorsqu'il réclame

aujourd'hui le maintien des charges *comme ayant été rétabli par le Concordat* ; du Concordat il ne peut plus en être question, pas plus que de ses principes. Mais, dira-t-on, ses principes n'étaient autres que ceux du droit commun et par conséquent il convient de les appliquer même si la loi de l'an X est abrogée. D'accord, mais encore faut-il savoir si, en notre matière, — et abstraction faite de cette loi de l'an X, — aucune autre loi n'est venue déroger à ce droit commun.

A ce point de vue, aucun doute n'est permis ; les textes antérieurs, la loi de 1905 elle-même et ses travaux préparatoires, enfin la jurisprudence elle-même sont très nettement dans le sens de l'opinion que nous soutenons.

Nous avons cité au commencement de cette partie même, les nombreux actes législatifs concernant les fondations et nous avons pu voir qu'en dernier lieu la loi du 13 brumaire an II avait déclaré dans son article premier que : « tout l'actif, *affecté à quelque titre que ce soit* aux fabriques,..... *ainsi qu'à l'acquit des fondations*, fait partie des propriétés nationales. »

Contrairement aux précédentes, cette loi ne s'occupait plus de l'acquit des fondations et il était bien évident qu'elle y dérogeait en cela et posait ce nouveau principe que ces biens devenaient purement et simplement biens nationaux sans aucunes charges ni conditions.

La jurisprudence le comprit bien ainsi et fit de nombreuses applications de ce principe (1).

Le législateur de 1905 n'a pas entendu le changer. Le rapporteur a soutenu que la nationalisation des biens des fabriques en l'an II avait fait disparaître les charges des anciennes fondations. Évidemment le législateur de 1905 aurait pu les rétablir, mais il n'a pas cru devoir le faire « pour écarter, a-t-il dit, toute difficulté et toute discussion sur ces anciennes fondations » ; et nous n'avons pas à discuter ici la valeur de la raison invoquée ; il nous suffit de constater que sa volonté a été très clairement manifestée.

Juridiquement on ne peut donc pas adopter d'autres conclusions que les siennes et il faut décsder que les charges de ces anciennes fondations ayant été supprimées, les biens en retourneront en vertu de l'article 5 purement et simplement à l'État sans que les fondateurs et leurs héritiers puissent prétendre aucun droit sur elles.

Que faut-il décider maintenant pour les fondations postérieures au Concordat? L'article 9 de la loi de 1905 qui les concerne nous paraît ne laisser place à aucune discussion.

---

1. Cassat., 11 floréal an IX, 13 prairial an IX, 4 nivôse an X, 24 pluv an X, 12 germ. an X, 12 prairial an X. — Nîmes, 22 mai 1828. — Cassat,, 8 février 1837 (S.. 1837.1 842).

Cet article parle des droits des fondateurs ou de leurs héritiers «pour les donations et les legs». Nous ne dirons pas comme M. Tissier que les fondations de messes doivent être comprises dans cette disposition « bien que, d'après la loi nouvelle, elles ne puissent plus être des libéralités».

Avant la loi comme après, les fondations de messes n'ont jamais été des libéralités et une disposition législative ne peut pas changer la nature d'un acte.

Mais il est bien évident que ces expressions « donations ou legs» comprenaient les fondations de messes dans la pensée du législateur qui n'a voulu écarter de la disposition que ceux qui, ayant vendu un bien aux fabriques, en auraient déjà reçu le prix ou en seraient encore créanciers; ceux-là *restent dans le droit commun* et ne pourront du fait de la loi de 1905 qui a cru bon de le spécifier à leur égard, intenter ni action en résolution, ni action en revendication.

Mais que décider pour les biens des fondations ? L'article 9 nous répond *explicitement* pour le cas où il s'en trouverait encore : « les auteurs et héritiers en ligne directe » ; ils pourront lorsque les biens auront été donnés, à défaut d'associations cultuelles à des établissements d'assistance ou autres et que les charges des fondations ne pourront plus être exécutées, exercer dans un délai de six mois, leurs actions en reprise ou en revendication.

Il nous répond *implicitement* pour le cas où il n'y

aura plus d'auteurs et héritiers en ligne directe. Aucune action en reprise ou en revendication ne pourra plus être exercée, non seulement dans le cas prévu par l'article 9 de la dévolution anormale des biens, mais aussi de ce chef que les fondations ne sont pas acquittées. Et il y a de cela une raison péremptoire.

M. Tissier dit à propos des biens de l'article 5, et cette raison s'appliquerait ici : « le retour des biens à l'État.... *n'est pas inconciliable* avec le maintien des services religieux. »

Théoriquement, oui, mais pratiquement, comme dans le cas qui nous occupe, l'Etat disposera de ces biens parce qu'aucune association cultuelle ne sera formée et qu'il n'y aura plus par conséquent *de culte public et légal,* on ne voit pas comment il pourrait être encore question de l'acquit de ces fondations.

Telles sont les conclusions pratiques auxquels nous avons abouti sans avoir à nous préoccuper du point de savoir si la loi de 1905 restera telle qu'elle est, ce qui serait extraordinaire, ou sera modifiée, ce qui serait normal.

CONCLUSION

Nous voici au moment où nous pouvons tenter de jeter un coup d'œil d'ensemble sur cette question.

Une fondation de messes proprement dite est l'affectation par acte entre vifs ou testamentaire de rentes ou de capitaux à la rémunération de la célébration d'un nombre de messes déterminé ou de messes perpétuelles.

Cet acte est incontestablement à titre onéreux mais présente certaines particularités que l'on ne peut négliger quoiqu'elles ne puissent en changer la nature.

Même pour ceux qui, à tort selon nous, font jouer un rôle prépondérant au « tarif » élaboré par l'autorité diocésaine, le contrat de messe, base de la fondation, présente une particularité.

Planiol assimile une disposition de ce genre à celle qui aurait pour but d'assurer l'entretien de la tombe du testateur. A un point de vue théorique absolu, cette assimilation est peut-être inexacte car il y a une différence incontestable entre l'entretien d'une tombe qui ne peut que conserver une partie du

patrimoine de la famille du défunt, s'il en a laissé, mais qui dans aucun cas ne fera bénéficier le défunt lui-même, et un acte dont précisément la caractéristique est que son exécution doit profiter au *défunt personnellement.*

Mais au point de vue juridique cette assimilation est parfaitement acceptable car il est impossible à la raison humaine d'apprécier le bénéfice spirituel escompté.

Comme pour l'entretien d'un tombeau le contrat sera bien à titre onéreux puisque celui qui recevra le salaire, les honoraires, ne les recevra qu'à condition *d'exécuter un service,* mais comme pour lui, il faudra laisser de côté, comme d'une application impossible en notre matière, ce criterium si souvent proposé pour distinguer l'acte gratuit de l'acte onéreux : que reçoit chaque partie en échange de ce qu'elle donne ?

Si une pareille question doit rester sans réponse du côté de celui qui demande la messe elle en comporte une très nette et très simple du côté de celui qui la dit et nous avons par conséquent *la preuve* que le contrat est bien à titre onéreux quoiqu'il soit impossible, en fait, d'évaluer un de ces éléments.

Et encore cette théorie ne serait nécessaire qu'au cas assez improbable où on assimilerait à une *vente* le contrat passé pour s'assurer un bénéfice spirituel ; si l'on s'en tient à la conception du louage de ser-

vice, point n'est besoin d'insister sur les effets du service, si ce service est en fait exécuté. On peut très bien concevoir un louage de service dont l'exécution ne rapporterait aucun bénéfice appréciable à celui qui l'aurait demandé sans que ce fait puisse mettre en question la nature onéreuse du contrat.

De même par conséquent, on conçoit parfaitement que la nature onéreuse de notre contrat ne puisse pratiquement et juridiquement s'apprécier que du côté du prêtre ; comme quoi nous en arrivons à être de l'avis de Laurent !

Mais si cela *suffit*, il faut aussi décider que c'est absolument *nécessaire* et il n'est pas mauvais de spécifier que tout autre acte religieux quoique pouvant rapporter à celui qui le fait *un bénéfice spirituel*, ne pourra pas être juridiquement considéré comme fait à titre onéreux si l'une des parties ne donne rien qu'on puisse humainement apprécier en échange de ce qu'elle reçoit.

Il est peut-être exact de dire au point de vue religieux : qui donne aux pauvres prête à Dieu ! mais bien évidemment une aumône ne pourra jamais être regardée autrement que comme une libéralité par un juriste.

Sous ces réserves on peut donc conclure comme nous l'avons fait que le contrat de messe est un acte à titre onéreux. Quant à savoir s'il peut se rattacher à une catégorie déterminée ou s'il doit être déclaré

sui generis, nous avons indiqué nos préférences par une assimilation avec un louage de services, mais en somme nous nous contentons de poser la question.

Enfin au point de vue des fondations nous avons pris à tâche de démontrer qu'une disposition de ce genre ne pouvait changer la nature du contrat.

En théorie c'était en vérité bien simple puisque la logique la plus élémentaire imposait cette solution, mais c'était délicat en pratique car la jurisprudence s'est ingéniée à dénaturer nos dispositions pour les soumettre ou les dérober à l'application de l'article 910 du Code civil et la doctrine a toujours considérer comme acquis que fondation était synonyme de libéralité.

Nous croyons, par le simple exposé de ces théories et par le jeu de leurs contradictions, avoir démontré : 1° que la fondation de messes est une disposition à titre onéreux ; 2° qu'une fondation peut être à titre onéreux.

Nous avons pour renforcer notre opinion sur ce point l'autorité de Laurent qui remarque, ainsi que nous l'avons vu, qu'il est inadmissible qu'une disposition ne soit plus considérée comme une fondation par le seul fait qu'il est avéré qu'elle ne constitue pas une libéralité, car jamais personne n'a dit que le caractère à titre gratuit soit de *l'essence* de la fondation.

La fondation n'est qu'un *moyen* d'affecter certains

capitaux à l'exécution pendant un temps plus ou moins long d'actes de n'importe quelle nature, et du moment qu'elle n'est qu'un *moyen,* la fondation ne saurait changer la nature propre de l'acte.

Nous avons besoin, à vrai dire et quoique cette opinion soit basée sur une logique impérieuse, de l'autorité de Laurent pour oser la proposer car elle se heurte à une doctrine universelle et ne tend à rien moins qu'à faire sauter la matière des fondations de la partie des « Donations entre vifs et testamentaires » dans laquelle elle a toujours été traitée.

Nous n'insisterons pas sur les erreurs commises par certains auteurs et relevés au cours de ce travail sur le « tarif » notamment regardé comme fixant la valeur de la messe alors que ceux-là mêmes qui le font disent qu'il n'en est pas ainsi ; sur les « fabriques » regardées comme *personnifiant l'Église* alors qu'elles ne sont qu'un simple *conseil d'administration;* sur le caractère *gratuit* de la messe ; l'opinion formée sur ce point ne peut s'expliquer que par la confusion du culte public et du culte privé et une méconnaissance absolue des données théologiques.

Enfin nous renvoyons au législateur et nous estimons qu'il faut le faire au lieu de dire, comme certains auteurs, qu'il y a là des règles certaines, toutes les difficultés théoriques naissant de la solution que la seule logique nous a dictée en cette matière sur les questions de la « réserve », de la transmission de la

propriété, de l'insuffisance de la notion actuelle de l'exécution testamentaire, toutes choses qu'il serait bon, une fois pour toutes, de préciser.

Ainsi, dans ce travail, et, nous devons le dire pour nous disculper d'une témérité excessive, sans que tout d'abord nous l'ayons prévu, ne pouvant accepter le secours d'aucune doctrine, nous avons eu à lutter tout seul contre trois.

Avec une conviction dont on pourra discuter le bien fondé mais que nous pouvons au moins assurer ardente et sincère, nous avons combattu tour à tour les opinions de la Théologie, de la Jurisprudence et de la Doctrine du droit civil français.

C'est aux maîtres éminents qui auront été les juges éclairés de cette lutte, de nous dire maintenant si, comme Horace, nous les avons vaincues.

Vu :
Le Doyen
G. BRY

Vu :
Le Président de Thèse,
A. BOUVIER-BANGILLON

Vu et permis d'imprimer :
Aix, 17 octobre 1906.
Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
BELIN

Mayenne, Imprimerie Ch. Colin